Die Haftung des Verkäufers

bei

physischen Fehlern der veräusserten Sache

nach Gemeinem Recht

und

Bürgerlichem Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doctorwürde

an der

Grossh. Landes-Universität Rostock

von

Fr. Schütz,
Rechtsanwalt und Notar.

ACAD. LECT. BIBL.

Rostock.
Universitäts-Buchdruckerei von Adler's Erben.
1897.

Uebersicht.

§ 1. Die Gründe der Haftung für Fehler.

§ 2. Der massgebende Zeitpunkt für das Vorhandensein des Fehlers.

§ 3. Die Kenntniss der Parteien vom Fehler beim Vertragsschluss.

§ 4. Die Besonderheiten des Viehkaufs.

§ 5. Die Ansprüche im Allgemeinen.

§ 6. Der Anspruch auf Minderung.

§ 7. Der Anspruch auf Wandelung.

§ 8. Der Anspruch auf Nachbesserung und auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

§ 9. Die Geltendmachung der Ansprüche und ihr Verhältniss.

§ 10. Die Verjährung.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552726_0101

So lange das Bürgerliche Gesetzbuch (B. G. B.) nicht praktische Geltung erlangt hat, ist ein wichtiges Hülfsmittel in den Sinn der einzelnen Bestimmungen einzudringen die Vergleichung mit dem bisher geltenden Recht. Ich greife im Folgenden eine überaus wichtige Frage des Kaufrechts heraus und versuche die Bestimmungen des B. G. B. durch eine Vergleichung mit dem Gemeinen Recht (G. R.) zu erläutern.

§ 1.

Die Gründe der Haftung für Fehler.

Materielle Voraussetzungen der Haftung und zwar A. objective.

I. ex lege.

Um für das Gebiet des G. R. festzustellen, für welche Beschaffenheit der veräusserten Sache, abgesehen von Vertrag, Zusage und Dolus, der Verkäufer haftet, ist auch heute noch auf das ädilitische Edict zurückzugehen. Vgl. Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare nach römischem und gemeinem Recht mit besonderer Berücksichtigung des Handelsrechts. I. S. 65 ff. Nach diesem ist der Verkäufer eines Sclaven, eines Thieres zur Anzeige quid morbi

vitiive cuique sit verpflichtet. Jedoch nicht jeder Fehler ist von Bedeutung, vielmehr giebt Ulpian in l. 8 de aed. edicto 21. 1 (h. t.) in dem Satz „proinde si quid tale fuerit vitii sive morbi quod usum ministeriumque hominis impediat, id dabit redhibitioni locum, dummodo meminerimus, non utique quodlibet quam levissimum efficere, ut morbosus vitiosusque habeatur", das Princip, an dessen Hand zu entscheiden ist, wann im einzelnen Fall einer der beiden Begriffe morbus vitium vorliegt. cf. auch l. 4 § 3 ht. Der gekaufte Sclave, das gekaufte Thier darf nicht solche Fehler haben, durch welche die „normale bestimmungsmässige Brauchbarkeit" desselben aufgehoben resp. vermindert wird. Nicht jeder unwesentliche Fehler berechtigt zur Redhibition resp. Preisminderung, minima non curat praetor, sondern nur ein solcher, der den Gebrauch, welcher naturgemäss von dem Sclaven, dem Thier gemacht wird, wesentlich verhindert. Die Ausdehnung der Bestimmungen des ädilitischen Edicts auf andere Sachen als Sclaven und Thiere ist dann später durch die civile in ius concipirte a° emti geschehen. Vgl. Hanausek. I. S. 55 ff. Ob ein Fehler im Sinne des Edicts vorliegt, ist quaestio facti, deren Beantwortung unter Umständen die Begutachtung von Sachverständigen erfordert. — § 138 C.-P.-O.

Das B. G. B. ordnet diese Materie in § 459, 1 (I. Entwurf § 381, II. 397, III. 452 Prot. der II. Lesung S. 1345 bis 1348, 1607 bis 1609) und zwar in Uebereinstimmung mit den meisten neueren Gesetzgebungen im Anschluss an das Gemeine Recht. Auch nach diesem haftet der Verkäufer ebenfalls nicht für jeden Fehler, sondern nur für wesentliche. Die Wesentlichkeit wird aber anders normirt, als im G. R. Während nach dem ädilitischen Edict eine blosse Werthminderung, die den normalen Gebrauch

nicht berührt, nicht in Betracht kommt (vgl. Hanausek, S. 67 Nr. 8), genügt nach § 459 B. G. B. die blosse Werthminderung, um die Haftung des Verkäufers zu begründen. Weiter lässt § 459 den Verkäufer für solche Mängel haften, welche die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern. Mit dem Hinweis auf den „gewöhnlichen" Gebrauch ist der objective Standpunkt des ädilitischen Edicts acceptirt; denn gewöhnlich ist „der Gebrauch, zu welchem eine Sache dieser Art verwendet zu werden pflegt". Vgl. Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. S. 14. Nach dem B. G. B. soll aber auch auf die Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch gesehen werden. Wenn die Parteien einen bestimmten Gebrauch beim Vertrage voraussetzen, so kann darin eine Zusicherung einer Eigenschaft liegen. Würde in solchem Falle der Fehler den vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich beeinträchtigen, so ständen dem Käufer nicht nur die Ansprüche aus der Zusicherung (§ 459 Abs. 2), sondern auch die nach § 459 Abs. 1 zu. Vgl. Schollmeyer S. 13 ff. Fehler in der Quantität (Maass und Gewicht) können als Qualitätsmängel sowohl in Beziehung auf den gewöhnlichen wie auf den im Vertrage vorausgesetzten Gebrauch erscheinen. Vgl. Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe mit Anmerkungen in Verbindung mit Eugen Ebert und Heinrich Schneider herausgegeben von Otto Fischer und Wilhelm Henle ad § 459 Note 3. Eine unerhebliche Minderung des Werthes oder der Tauglichkeit kommt, wie das B. G. B. in Uebereinstimmung mit dem G. R. ausdrücklich bestimmt, nicht in Betracht.

Nach G. R. kommt, die Haftung nach ädilitischem Edict vorausgesetzt, der Grundsatz über Wesentlichkeit und Erheblichkeit des Mangels auch beim Kauf von Genusssachen zur Anwendung und nur dieser. Nach dem B. G. B. würde auch beim Genusskauf der Grundsatz des § 459 Abs. 1 entscheiden. Es erscheint aber nach B. G. B. § 243 (I. 213, 214, II. 207, III. 237, Prot. S. 571 bis 579, 8406, 8407) die Waare hier schon dann als eine fehlerhafte, wenn sie nicht von mittlerer Art und Güte war. Verkäufer ist mithin beim Gattungskauf auch verpflichtet, eine Sache zu liefern von Beschaffenheit mittlerer Art, von Güte mittlerer Güte. Vgl. Handelsgesetzbuch Art. 335 und Hanausek. I. S. 68 ff.

So ergiebt sich ein dem G. R. unbekannter Unterschied von Species- und Genusskauf.

Die Ausnahme von dieser gesetzlichen Haftung, welche § 461 (II. 398 a, III. 454, Protocolle S. 4238 bis 4241) für den Fall statuirt, dass die Sache auf Grund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung unter der Bezeichnung als Pfand verkauft wird, beruht — Motive zu § 395 — auf der nothwendigen Berücksichtigung der besonderen Stellung des Schuldners bez. Eigenthümers und des Gläubigers und ist auch für das G. R. — Windscheid. I. § 237 Nr. 22 — begründet. Wie nach G. R. kommt auch nach B. G. B. ein Anspruch des Käufers gegen den Schuldner auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung in Frage.

Ganz anders dagegen wie das G. R. regelt das B. G. B. die Gewährleistung wegen Viehmängel. Während jenes wie überhaupt den Handel mit Thieren so insbesondere auch die Haftung wegen Mängel derselben in gleicher Weise regelt, wie die wegen Mängel anderer Sachen, steht das B. G. B.

auf einem principiell anderen Standpunkt. Es verwirft die römisch-rechtlichen Grundsätze und folgt dem deutsch-rechtlichen System (vgl. hierüber und über die Gründe, welche auch zur Verwerfung des gemischten Systems geführt haben, Motive zu § 399, 400, Protocolle S. 1439 ff.), welches namentlich in den drei süddeutschen Staaten Geltung hat, und lässt solche Haftung zur Erhöhung der Rechtssicherheit und zur Abschneidung von Prozessen nur beim Vorhandensein bestimmter Hauptmängel eintreten. Für andere als die bestimmten Hauptmängel fällt also die Gewährleistungspflicht fort. Indem das B. G. B. die Interessen des Verkäufers, insbesondere derjenigen Bevölkerungsklasse, welche namentlich den Viehhandel betreibt, berücksichtigt, trifft es auch nur für diejenigen Thiergattungen, welche für diese Klasse von besonderer Wichtigkeit sind, diese besonderen Bestimmungen. Es sind dies nach § 481 B. G. B. (I. 399, II. 416, III. 474, Prot. S. 1439, 1440, 1446, 1447, 1457, 1458) Pferde, Esel, Maulesel und Maulthiere, Rindvieh, Schafe und Schweine. Andere Thiere, auch Hausthiere (z. B. Ziegen) sind nicht etwa im Wege analoger Rechtsanwendung unter diese Bestimmungen zu stellen. Die Hauptmängel, bei deren Vorhandensein der Käufer kraft Gesetzes haftet, sind aber im Gesetz selbst nicht genannt. Dasselbe überlässt vielmehr diese Bestimmung, sowie auch die spätere Abänderung und Ergänzung derselben einer mit Zustimmung des Bundesraths zu erlassenden Verordnung. Der Gesetzgeber ist hierzu durch die Erwägung bestimmt, dass die Festsetzung der Hauptmängel nur an der Hand des jederzeit veränderlichen Standes der Thierheilkunde erfolgen kann. — Auf die Gewährfrist werde ich später zurückkommen.

Durch Vertrag bei oder nach Abschluss des Kaufvertrages, ausdrücklichen oder stillschweigenden, kann diese Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache erlassen oder beschränkt werden, nach G. R. wie nach B. G. B. auch für den Viehkauf (§ 481). Eine Schranke setzt hier nur der Dolus bez. die Arglist des Verkäufers (§ 476 B. G. B.).

II. Dictum promissum.

1. Der Verkäufer haftet nach G. R. weiter dafür, dass die verkaufte Sache die Beschaffenheit und Güte wirklich hat, welche der Verkäufer zugesagt hat, bezüglich deren ein dictum promissum vorliegt. Nicht ist nothwendig ein Vertrag, ausdrücklicher oder stillschweigender.

Es genügt eine einfache pollicitatio, promissio, ein blosses dictum, „dictum a promisso sic discernitur; dictum accipimus, quod verbotenus pronuntiatum est, nudoque sermone finitur."

Eine einseitige Erklärung des Verkäufers, die Anzeige, Angabe, Constatirung einer Eigenschaft der Kaufsache ist genügend. Andererseits aber verpflichtet nicht jede Aeusserung, nicht jede Angabe über die Beschaffenheit der Kaufsache: scilicet ea quae ad nudam laudem servi pertinent veluti si dixerit frugi, probum dicto audientem; ut enim Pedius scribit, multum interest commendandi servi causa quid dixerit an vero praestiturum se promiserit, quod dixit l. 19 pr. ht. Ea autem sola dicta sive promissa admittenda sunt, quaecumque sic dicuntur ut praestentur, non ut jactentur § 3 ht. Der Verkäufer haftet nur, wenn er die Angabe, die Aeusserung

in verpflichtender Absicht wirklich macht; nur muss die Angabe ernstlich gemeint sein; dass er aber auch dann haftet, wenn der Käufer sie als animo obligandi gemacht ansehen konnte, erklärt mit Recht Thöl Handelsrecht § 273. Verfängliche Ausdrücke, die den Käufer Glauben machen, dass er wirklich verspreche, praejudiciren dem Verkäufer cf. Hanausek. I. S. 76.

Wahrheitswidrige Anpreisungen und Empfehlungen, um den Käufer anzulocken und zum Kauf zu bestimmen, verpflichten nicht. So lange Verkäufer sich nur auf allgemeine Anpreisungen der Sache beschränkt, geht er nicht über dasjenige hinaus, was jeder Verkäufer thut: „jeder lobt seine Waare", jeder sucht sie im günstigsten Licht darzustellen, jeder macht Reclame. Auch wenn er das Gebiet der allgemeinen Redensarten überschreitet, von dem Jeder weiss, was von ihm zu halten ist, mag er, wenn die Voraussetzungen eines Betruges vorliegen, ex dolo strafbar werden, aus einem dictum promissum haftet er nicht.

Eine derartige verpflichtende Zusage ist beim Genusskauf in derselben Weise wie beim Specieskauf möglich. Nur folgt aus der Natur des Unterschieds, welcher zwischen Species- und Genusskauf besteht, dass die Verpflichtung in dem einen Fall einen andern Charakter an sich trägt, als in dem anderen. Während beim Specieskauf der Käufer von selbst durch das dictum promissum das Vorhandensein der Eigenschaft zusagt, verpflichtet sich der Verkäufer beim Genusskauf zunächst zur Lieferung einer Sache, welche den von ihm zugesagten Eigenschaften entspricht, und giebt dann bei der Uebermittelung einer zur Erfüllung des Kaufes ausgewählten Sache die Zusicherung für das Vorhandensein derjenigen Merkmale, nach denen der Käufer

gekauft hat. Der Kreis der Sachen, aus welchem der Verkäufer beim Genusskauf zu liefern versprochen hat, kann enger, kann weiter sein. Je enger, desto gebundener ist der Verkäufer, je weiter, desto freieren Spielraum hat er. Wer den besten Koch zu liefern versprochen hat, optimum in eo artificio praestare debet l. 18 § 1. cit., wer dagegen im Allgemeinen einen Koch versprochen hat, satisfacere videtur etiam si mediocrem coquum praestat. l. cit., vergl. ferner l. 19 § 4, l. 18 § 2 ht., auch l. 52 mand.: 17. 1. Mediocris hat hier die Bedeutung von gering. Goldschmidt, Handelsrecht B. II, § 62 Nr. 18. Der Verkäufer kann also innerhalb des durch die Zusage offen gelassenen Spielraums eine Sache von geringster Güte liefern.

2. Das B. G. B. steht in dieser Beziehung wesentlich auf dem Standpunkt des G. R. Der Verkäufer haftet dafür, dass die Sache die zugesicherten Eigenschaften hat, § 459, Abs. 2, sowie auch, dass die Mängel, deren Abwesenheit zugesichert ist, nicht vorhanden sind. Fraglich kann sein, was Eigenschaften der Sache sind. Sind es nur die aus der körperlichen Erscheinung der Sache selbst sich ergebenden Beziehungen der Sache zu Personen und anderen Gegenständen, die auf die Werthschätzung im Verkehr von Einfluss sind (körperliche Eigenschaften) oder alle und jedwede solche Beziehungen der Sache, d. h. alle thatsächlichen Verhältnisse derselben (so offenbar Fischer-Henle ad § 459). Ich halte die erste Auslegung für die zutreffende, dafür spricht einmal der Wortlaut des Abs. 2. „Die Sache — Eigenschaften hat", weiter aber auch, dass das Wort „Eigenschaft" in diesem Absatz keinen andern Sinn haben kann als im Abs. 1 vorausgesetzt ist (physische Mängel körperlicher Sachen). Im Uebrigen giebt den Massstab nur die Zusicherung selbst, sie

kann sich beziehen auf das Abhandensein der Mängel, bezüglich deren die gesetzliche Haftung eintritt, sie kann auch weiter gehen und wird dies in den meisten Fällen thun: nothwendig identisch mit derjenigen Eigenschaft, welche vorhanden sein muss, um den nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch zu ermöglichen, ist, wie schon oben bemerkt, die zugesicherte Eigenschaft keineswegs. Dass verpflichtende Zusicherungen auch bei Verkäufen der in § 481 genannten Hausthiere zulässig sind, folgt schon aus diesem Paragraph selbst. Die Zusicherung kann sich beziehen auf die Abwesenheit von Hauptmängeln und sonstigen Eigenschaften (vgl. B. G. B. § 490, 492). Als zugesicherte Eigenschaft eines Grundstücks soll es auch angesehen werden, wenn der Verkäufer eines solchen dem Käufer eine bestimmte Grösse desselben zugesichert hat, § 468 (I. 389 II. 405. III. 462, Prot. S. 1392). Ob eine Zusicherung der Grösse vorliegt, ist Thatfrage. Möglicherweise dient die Angabe der Grösse nur zur Bezeichnung des Grundstücks. Liegt sie aber vor, so würde auch ohne die Bestimmung des Gesetzes stets Zusicherung einer Eigenschaft anzunehmen sein, da es sich bei der Grösse eines Grundstücks um ein aus der körperlichen Erscheinung der Sache selbst sich ergebendes für den Verkehr wesentliches thatsächliches Verhältniss der Sache handelt. Auch nach G. R. sind in diesem Fall die ädilitischen Klagen begründet (vgl. Hanausek, Abthlg. II S. 376 Nr. 14.)

Für bewegliche Sachen hat das B. G. B. keine derartige Bestimmung. Es ist, wie Motive II, S. 233 und Schollmeyer S. 13 richtig bemerkt, für jeden einzelnen Fall festzustellen, ob das Vorhandensein der bestimmten Grösse als zugesicherte Eigenschaft anzusehen ist.

III. Vertragsmässig.

Dass der Verkäufer für die Abwesenheit der Fehler, für das Vorhandensein der Eigenschaften einzustehen hat, deren Abwesenheit resp. Vorhandensein er vertragsmässig (in einem vom Kaufvertrage gesonderten Vertrage) übernommen hat, nach G. R. wie nach B. G. B., bedarf nur der Hervorhebung. Hierher gehört wie jede Garantieübernahme auch das Garantieversprechen des § 492 (I. 411, II. 427. III. 485, Prot. S. 1500) beim Viehhandel.

Ob nach G. R. der Verkäufer, wie dies nach ädilitischem Recht und späterem Civilrecht der Fall war, verpflichtet ist, die Abwesenheit von Mängeln der Kaufsache, welche die a° redhibitoria und aestimatoria begründet, allgemein dem Käufer zu garantiren, ist bestritten. Windscheid II. § 394 Nr. 4 hält dieselbe noch heute für geltendes Recht, während andere, darunter Hanausek, dieselbe für antiquirt halten. Das letztere dürfte das richtige sein. Vgl. Hanausek I. S. 29 ff. Das B. G. B. kennt diese Bestimmung nicht.

IV. Dolus.

Der Verkäufer haftet endlich unbestrittenermassen — über das wie später — nach G. R., wenn er das Vorhandensein der ädilitischen Fehler arglistig verschweigt; bestritten dagegen ist, ob Verkäufer auch dann — ex dolo — haftet, wenn er 1. eine Eigenschaft der Kaufsache zusichert, von der er weiss, dass sie nicht vorhanden ist, 2. wenn er weiss, der Käufer setzt eine bestimmte Eigenschaft voraus, und trotzdem das Fehlen dem Käufer dolos verschweigt, 3. wenn er einen solchen Irrthum des

Käufers betrüglich hervorruft. Die Hanausek I. S. 51 angeführten Quellenstellen scheinen für die Bejahung zu sprechen. Uebrigens liegt ein ausdrückliches Bestreiten des von Hanausek a. a. O. Note 2 citirten Windscheid nicht vor. Windscheid gedenkt nur mit Anderen der von Hanausek angeführten Fälle nicht. Für die Haftung ist es gleich, ob der Verkäufer sich des dolosen Verhaltens vor oder beim Kaufabschluss schuldig gemacht hat. Darüber, dass auch ein doloses Verhalten nach Abschluss des Kaufvertrages modificirend auf das Verhältniss der Contrahenten einwirken kann, vgl. Hanausek I. S. 82.

Nach B. G. B. haftet der Verkäufer, wenn er arglistiger Weise verschwiegen hat, dass die Sache mit Fehlern behaftet ist, die den Werth oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern. § 460. (I. 382, II. 398, III. 453, Prot. S. 1348 bis 1350.) Dass diese Art der Haftung durch Vertrag nicht ausgeschlossen werden kann, bestätigt B. G. B. § 476 (I. 396, II. 412, III. 469, Prot. S. 1406, 1407) ist auch nach G. R. nicht zweifelhaft. Die anderen vorhin genannten Fälle werden nicht erwähnt. Daraus dürfte folgen, dass der Verkäufer, wenn nicht etwa arglistige Täuschung (von blosser Arglist sehr wohl zu unterscheiden, vgl. § 123) gegeben ist, ex dolo nicht haftet, er haftet aber nach B. G. B. schon in Folge des Fehlens der zugesicherten Eigenschaft auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

V. Culpa lata.

Insbesondere von F. Momsen in seinen Erörterungen aus dem Obligationenrecht 2. Heft wird für

das G. R. der allgemeine Satz aufgestellt, zum Schadensersatz sei nicht nur der verpflichtet, welcher sich eines dolus schuldig gemacht hat, sondern auch lata culpa begründe eine solche Verpflichtung. Diese Ansicht ist nach G. R. zu verwerfen. Vergl. Entsch. des Reichsgerichts Bd. 21 Nr. 27 S. 165 und die dort citirte Literatur.

Auch das B. G. B. erstreckt die Haftuug des Verkäufers nicht auf culpa lata.

§ 2.

Der massgebende Zeitpunkt für das Vorhandensein des Fehlers.

Die nach dem Vorigen bestimmte gesetzliche oder vertragsmässige Beschaffenheit der Kaufsache kann nun während einer bestimmten Zeit vorhanden sein, während einer anderen nicht. Es wird daher nothwendig, den für die Haftung des Verkäufers relevanten Moment festzustellen.

In erster Linie entscheidet nach G. R. wie nach B. G. B. die von den Parteien beim Vertragsschluss oder später getroffene Vereinbarung. Wie steht es aber, wenn eine solche nicht vorliegt? Zunächst ist sicher, dass begrifflich die Haftpflicht wegen der Mängel und der Uebergang der Gefahr nichts mit einander zu thun haben. Andererseits ergiebt sich, dass der Verkäufer nicht haften kann, wenn der Mangel resp. der Keim zur Entwickelung eines solchen erst nach dem Moment eintritt, in welchem die Gefahr der Verschlechterung auf den Käufer übergegangen ist.

Daraus folgt aber nicht, dass die Haftpflicht wegen der Mängel auch an den Zeitpunkt des Gefahrüberganges geknüpft sein müsste. Für das Römische Recht ergab sich diese Nothwendigkeit, wie Hanausek S. 92 Note 1 zutreffend ausführt, zunächst für den Specieskauf daraus, dass sowohl das periculum deteriorationis, wie auch die Haftpflicht in keinem früheren Moment übergehen bez.

begründet sein konnte als eben in dem des Vertragsschlusses. Hieraus entnimmt nun Hanausek das Princip, dass in allen Fällen, weil es der Natur der Sache entspricht, beide Momente zusammenfallen, dass also, auch wenn die Gefahr nicht im Moment des Vertragsschlusses übergeht, doch die Haftpflicht erst mit dem Gefahrübergang sich endigt. Bei dem Fehlen von Quellenentscheidungen hat die Zweckmässigkeitserwägung besonders Gewicht. Und zweckmässig ist es allerdings, beide Momente zusammenfallen zu lassen, wie dies in den Motiven II. S. 226 zutreffend hervorgehoben wird. „Die Bindung der Haftpflicht von dem Zeitpunkt des Gefahrübergangs dient zur Vereinfachung des Rechts und zur Abschneidung chikanöser Prozesse — sie entspricht auch für die Regel der Intention der Parteien und der Verkehrsanschauung.“ Der Standpunkt von Hanausek ist auch der herrschende. Vgl. Entscheidung in Buchka und Budde VII. S. 169 ff., nach welcher der Verkäufer allerdings auch für den nach dem Gefahrübergang entstehenden Schaden haftbar gemacht wird, aber nur, weil die den Schaden bringende Ursache bereits im Moment des Gefahrübergangs vorhanden war. R. O. H. G. XI. Nr. 23 S. 55. Das Reichsgericht hat sich, soweit ich sehe, speciell über diese Frage noch nicht ausgesprochen.

Es wird also, wenn man Hanausek folgt, für das G. R. auf den Moment des Gefahrüberganges ankommen. Auch nach B. G. B. ist grundsätzlich der entscheidende Moment für die Haftung des Verkäufers der Uebergang der Gefahr der Kaufsache auf den Käufer (§ 459), sowohl, wenn es sich um Fehler handelt, die den Werth oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage verausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich

mindern, als wenn es sich um zugesicherte Eigenschaften handelt; und zwar entscheidet der Uebergang der Gefahr in allen Fällen der Haftpflicht, soweit es sich um den Anspruch auf Wandelung und Minderung handelt. Soll dagegen wegen Mangels zugesicherter Eigenschaften oder wegen arglistigen Verschweigens der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 463 (I. 385, II. 400, III. 456, Prot. S. 1377 bis 1384, 2521, 2522, 2525, 2526) erhoben werden, so ist der Moment des Vertragsschlusses entscheidend. Indem der Verkäufer eine bestimmte Eigenschaft zusichert, übernimmt er (vgl. Motive II. S. 228 zu § 385) die Garantie für das Vorhandensein dieser Eigenschaft zur Zeit des Versprechens des Vertragabschlusses und verspricht, für alle Folgen einstehen zu wollen, wenn die Eigenschaft im genannten Zeitpunkt fehlt. Der dolose Verkäufer kann aber selbstverständlich nur haftbar gemacht werden, wenn zur Zeit seines dolosen Verhaltens Mängel vorhanden oder zugesicherte Eigenschaften fehlen.

Dass aber in diesen beiden Fällen der Zusicherung und des Dolus, wenn es sich um einen Gattungskauf handelt, § 480 Abs. 2 (I. 398, II. 415, III. 473, Prot. S. 1426 bis 1439, 8442, 8458, 8459) wiederum der Moment des Uebergangs der Gefahr das entscheidende sein muss, folgt daraus, dass bei dem Vertrage über eine Gattungssache die Bestimmung des zu leistenden Stückes mit dem Uebergang der Gefahr zusammenfällt. Vgl. Motive II. S. 243 zu § 398.

Was nun den Moment des Uebergangs der Gefahr anbetrifft, so ist nach G. R. zu unterscheiden. Die Kaufsache ist individuell bestimmt. Die Gefahr der Verschlechterung geht, wie unbestritten ist, auf den Käufer von dem Moment des Kauf-

abschlusses über. Quum emtio et venditio contracta sit, etiamsi res tradita non sit.

Es macht keinen Unterschied, ob der Kauf rein oder unter einer Bedingung abgeschlossen ist, unter einer Suspensiv-Bedingung und diese eintritt. unter eine Resolutivbedingung und diese dann nicht eintritt, ja auch eine Suspensivbefristung vermag im Zweifel den Uebergang der Gefahr auf den Käufer nicht zu verhindern, weil sie im Sinne der Parteien gedacht werden muss, als hinausschiebend nicht die Verkaufswirkung, sondern die Pflicht zur Ueberlieferung, Windscheid § 390 Note 10 i. f.; es ist ferner gleichgültig, ob der Kaufpreis in Bausch und Bogen, Kauf per aversionem oder nach Zahl, Mass und Gewicht bestimmt ist. Letzteres ist freilich in der Theorie nicht unbestritten. Vgl. Becker, Jahrbücher des G. R. V, S. 391, Regelsberger, Archiv für civilistische Praxis S. 190, 191, Gareis in Endemann Handels-, See- und Wechselrecht II. S. 646. Windscheid a. a. O. Note 12 trifft aber m. E. das Richtige, wenn er diese Art des Kaufes für einen bedingten hält.

Ist der Gegenstand des Kaufes mehr oder weniger unbestimmt und soll diese Unbestimmtheit gehoben werden, sei es durch Wahl des Verkäufers, und dies ist stets anzunehmen, wenn die Parteien nichts Besonderes bei Abschluss des Vertrages oder später festgesetzt haben — oder des Käufers, so ist hier für die Frage nach dem Uebergang der Gefahr zu unterscheiden, je nachdem die Kaufsache einerseits alternativ, andererseits nur nach Artmerkmalen, oder nach solchen aber auch nach anderen Merkmalen bestimmt ist.

Ist die Kaufsache alternativ bestimmt, so gilt mit Ausnahme des einen in l. 33 § 1 de solut. 46,3 erwähnten Falles die Regel, dass die Gefahr

der Verschlechterung vom Moment des Kaufabschlusses auf den Käufer übergeht. Vgl. Becker, Jahrbücher des gemeinen deutschen Rechts V, S. 373. In anderen Stellen ist freilich nicht von einer Verschlechterung der einen oder mehreren alternativ geschuldeten Sachen, sondern vom Untergang derselben die Rede, aber was in dieser Beziehung für den Untergang gilt, bringt Becker a. a. O. auch mit Recht aus dem Gedanken analogisch auf die Verschlechterung zur Anwendung, dass die alternativ geschuldeten Sachen in dem Zustand, in dem sie sich beim Vertragsabschluss befunden, in obligatione sind, daher, wenn eine derselben in einen andern Zustand übergeht, sie aus der Obligation ausscheidet (vgl. l. 34, § 6 de cont. emt. 18, 1).

Aus der eben angeführten Stelle geht hervor, dass der wohlberechtigte Verkäufer die Gefahr der Verschlechterung der einen alternativ geschuldeten Kaufsache trägt. Liefert er daher die eine verschlechterte, so haftet er dem Käufer wegen dieser Verschlechterung, wenn dieselbe einerseits nach dem Vertragsabschluss — und dieser Zeitpunkt interessirt hier — und andererseits vor dem Moment eingetreten ist, in welchem er von dem ihm zustehenden Wahlrecht Gebrauch machen durfte und Gebrauch gemacht hat.

Was die beiden anderen Fälle der Unbestimmtheit der Leistung anbetrifft, so versteht es sich von selbst, dass die Gefahr auf den Käufer spätestens übergeht in dem Moment, in welchem vom Verkäufer dem Käufer tradirt ist, andererseits noch nicht übergeht im Moment des Vertragsabschlusses (vgl. l. 2, C. de per. et comm. 4, 48, wie bereits für den Fall, dass ein Stück oder ein Quantum aus einer irgendwie individuell bezeichneten Gruppe —

z. B. eine Flasche Wein aus diesem Fass — gegen Momssen, Beiträge zum Obligationsrecht S. 342, Windscheid hervorhebt. Streitlos ist auch, dass die Gefahr bereits vor dem Moment, in welchem der Verkäufer seine durch den Kaufvertrag übernommenen Verpflichtungen erfüllt hat, auf den Käufer übergeht.

Hat nach der beim Kaufabschluss oder später eintretenden Vereinbarung der Käufer die Unbestimmtheit der Kaufsache durch eine von ihm vorzunehmende Wahl aus dem unbegrenzten oder begrenzten (übersehbaren) Kreis zu heben, so geht mit der einmal getroffenen Wahl, auch wenn mit Vornahme derselben ein Erwerb des Besitzes durch Tradition oder constitutuum possessorium nicht verbunden sein sollte, was keineswegs immer der Fall ist (vgl. l. 1, § 2 de pericl. 18, 6) — die Gefahr auf den Käufer über. Die bis dahin noch unbestimmte Kaufsache ist eine bestimmte geworden. Apparet, quid sit (vgl. auch l. 25, pr. de pos. const. 13, 5).

Hat Verkäufer die Wahl, nach ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung, Käufer aber bei der Wahl zugegen zu sein, so geht ebenfalls mit der in Gegenwart des Käufers vorgenommenen Wahl die Gefahr auf den Käufer über. Die in Abwesenheit des Käufers vorgenommene Wahl dagegen bindet den Verkäufer nicht und, weil sie ihn nicht bindet, er vielmehr jeder Zeit berechtigt ist, die Wahl wieder rückgängig zu machen und der gewählten Sache eine andere zu substituiren, kann die Gefahr auch auf den Käufer nicht übergehen. Haben nun aber die Parteien eine besondere Vereinbarung des vorgenannten Inhalts nicht getroffen, wie steht es dann mit dem Uebergang der Gefahr?

Bekanntlich stehen sich zwei Hauptansichten gegenüber. Individualisirungstheorie. Es bedarf nur der Individualisirung, einseitig vom Ver-

käufer vorgenommene Ausscheidung genügt (vgl. Beckmann S. 97 Nr. 2), es muss Absendung der Anzeige hinzukommen — (Regelsberger Archiv f. civilistische Praxis XLIX, S. 183 ff.), die abgesandte Anzeige muss zur Kenntniss des Käufers gekommen sein (Thöl VI. Aufl. § 262, S. 849 ff.) Lieferungstheorie. Erst mit der Erfüllung geht die Gefahr über. Erfüllung ist aber nicht nur dann vorhanden, wenn tradirt ist, sondern schon dann, wenn der Verkäufer dasjenige, was ihm im Sinne des Vertrages zu thun obliegt, gethan hat. (Ihering, Jahrbücher f. Dogmatik IV, S. 366 ff.) — gegen diesen vgl. endlich Becker, Jahrbücher des gemeinen deutschen Rechts V, S. 374 ff.

Die herrschende Lehre steht auf den Standpunkt Thöl's. Beim Uebersendungsgeschäft ist der Moment der entscheidende, in welchem die Ausscheidung vom Verkäufer beim Käufer angezeigt ist. Diesen Ansichten stellt Hanausek I. S. 100 ff. eine neue entgegen. Er verbindet den Uebergang der Gefahr mit dem Moment, in welchem der Verkäufer das Recht verliert, die zum Transport gegebene Sache durch eine andere zu substituiren, der Käufer aber das Recht gewinnt, diese und nur diese zu verlangen. Hat im Sinne des Vertrages der Verkäufer die Sache zu bringen, Käufer dieselbe zu holen, so vermag nur die Tradition den Uebergang der Gefahr zu bewerkstelligen. Ist die Sache von einem anderen Ort dem Käufer zu übersenden, und der Transport geht über Auftrag des Käufers, so verliert Verkäufer sofort mit der Uebergabe an den Transporteur das Recht, die übergebene Sache durch eine andere zu substituiren. Mit diesem Moment geht daher die Gefahr auf den Käufer über, auch dann, wenn eine Ausscheidung nicht stattgehabt hat, wie in dem von

Ihering, Jahrbücher f. Dogmatik, S. 367 und Becker, Jahrbücher des G. R., S. 376 mitgetheilten Falle.

Liegt ein solcher Auftrag nicht vor, so besorgt die Uebersendung der Sache der Verkäufer und so lange, wie er noch die Möglichkeit in der Hand hat, den Auftrag zu widerrufen, so lange trägt er auch die Gefahr. In dem Moment jedoch, in welchem dieses Widerrufungsrecht fortfällt, geht die Gefahr auf den Käufer über. Bedient er sich beim Transport eines Frachtführers im Sinne des H. G. B., dann kommen einerseits die Art. 402, 405, andererseits die Art. 416, 647 und 649 des H. G. B. zur Anwendung. Ist dies aber nicht der Fall, so wird Verkäufer den Auftrag bis zur Ausführung widerrufen können und daher auch bis dahin die Gefahr tragen.

Mit dem Moment des Uebergangs der Gefahr fällt der Moment zusammen, in welchem ein Mangel an der vertragsmässigen gesetzlichen Beschaffenheit vorhanden sein muss, damit Verkäufer für denselben hafte.

So das G. R., auch für den Viehkauf.

Auf einem wesentlich andern Standpunkt steht das B. G. B. Was zunächst die Regel und zwar den Specieskauf anbetrifft, so geht die Gefahr der Verschlechterung erst über mit der Uebergabe der verkauften Sache, § 446 Abs. 1 (I. 463 Abs. 1, 2, II. 387, III. 440, Prot. S. 1720 bis 1725), § 930 (I. 805, 874 Abs. 1, II. 843, III. 915, Prot. S. 3345, 3678 bis 3691) und § 931 (I. 804, 874 Abs. 1, II. 844, III. 916, Prot. 3345, 3691 bis 3696) (anders nur beim Erbschaftskauf [§ 2380], bei dem das römische Princip angenommen ist), auch beim Verkauf eines Grundstücks sollte auch die Eintragung noch ausstehen. Der Moment der Eintragung des Käufers

als Eigenthümer in das Grundbuch entscheidet aber, wenn dieser Moment vor dem Moment der Uebergabe des Grundstücks liegt. In jedem Falle liegt eine Durchbrechung des Princips insofern vor, als Erfüllung Seitens des Verkäufers noch nicht vorliegt. So zunächst beim Specieskauf. Ist derselbe aufschiebend bedingt und tritt die Bedingung dann später ein, oder auflösend bedingt und die Bedingung tritt dann nicht ein, so ist, das B. G. B. schweigt (vgl. Bernhöft in Becker und Fischer, Beiträge B. II. S. 52), nicht zu bezweifeln, dass wenn die Uebergabe nicht erfolgt ist, auch die Gefahr auf den Käufer noch nicht übergeht. Ist aber die Uebergabe vor Eintritt der Bedingung erfolgt, so ist nach B. G. B. wie überhaupt nach G. R. die Gefahr der Verschlechterung übergegangen. Dafür, dass dies nach B. G. B. so ist, spricht, abgesehen davon, dass Käufer die Herrschaft, die Obhut der Sache erhalten hat und dadurch in die Lage gekommen ist, über die Sache zu wachen, dass mit Uebergabe der Sache die Thatsache ins Leben getreten ist, mit welcher bei unbedingtem Kauf die Gefahr übergeht, weiter aber auch, dass das B. G. B. hinsichtlich der Lehre von der Bedingung wesentlich auf dem Standpunkt des G. R. steht (vgl. § 158—162 B. G. B., Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts von Cosack § 61, vgl. mit Windscheid I. § 89), — anders Fischer und Henle zu § 446, nach dessen Ansicht die Möglichkeit des Gefahrüberganges auf Grund stillschweigender Vereinbarung ebenfalls nicht ausgeschlossen wäre — ferner aber auch, dass hier wie dort nur noch die Bedingung eintreten muss, auf deren Eintritt Verkäufer vielleicht gar keinen Einfluss hat, dagegen spricht nicht der § 160, dass Käufer im Falle des Eintritts der Bedingung nur Schadensersatz verlangen kann, wenn der Verkäufer

während der Schwebezeit das von der Bedingung abhängige Recht beeinträchtigt hat, wenn man auch aus diesem Paragraphen kein argumentum a contrario für die hier vertretene Ansicht herleiten kann. Ist Verkäufer nicht Schuld, so folgt nur, dass Käufer keinen Schadensersatz verlangen kann, nicht aber auch, dass ihm die Verschlechterung zur Last fällt.

Ebenso verhält es sich bei einem Kauf unter auflösender Bedingung, und diese tritt nicht ein.

Anders auch nicht bei einer Befristung mit gewissem und ungewissem Termin, da letzterer zugleich eine echte Bedingung enthält, ersterer aber so behandelt wird. § 163, Cosack § 62.

Der Kauf, bei dem der Kaufpreis nach Zahl, Maass oder Gewicht bestimmt ist, ist auch nach B. G. B. nicht anders zu behandeln, wie der sog. Kauf in Bausch uud Bogen. Derselbe ist ein bedingter Kauf, erst die Uebergabe ist der entscheidende Moment.

Ist die Kaufsache mehr oder weniger unbestimmt, so geht bei der Alternativen Schuld nach B. G. B. die Gefahr ebenfalls erst über, wenn der Berechtigte, und im Zweifeln der Schuldner, der Verkäufer (§ 262), gewählt und übergeben hat, also wesentlich anders, wie im G. R., trotzdem die Wahl bereits durch Erklärung gegenüber dem anderen Theil erfolgt und die gewählte Leistung als die von Anfang an allein geschuldete gilt. § 263.

Handelt es sich um eine Gattungsschuld § 243 (vgl. hierüber die Ausführungen des Dr. jur. L. Kuhlenbeck, Rechtsanwalt beim Oberlandesgericht Jena, in der juristischen Wochenschrift. 1897. Nr. 48 und 49. S. 438 ff.), so ist auch bei ihr der allein entscheidende Moment die Uebergabe. § 279, welcher ausdrücklich bestimmt, dass, wenn der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach

bestimmt ist, der Schuldner, hier der Verkäufer, so lange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten hat, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt. Gleichgültig ist, wer die Unbestimmtheit zu heben hat, ob Verkäufer oder Käufer, auch wenn der Verkäufer das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche gethan hat und sich dadurch das Schuldverhältniss auf diese Sache beschränkt (§ 243), bleibt die Gefahr bei ihm, auf den Käufer geht sie erst über, wenn die ausgewählte Sache übergeben ist.

Anders regulirt das B. G. B. den Gefahrübergang nur dann, und zwar sowohl für den Species- wie für den Gattungskauf, wenn der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die verkaufte Sache nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte versendet. In diesem Falle geht die Gefahr auf den Käufer schon über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat. § 447 (I. 465, II. 388, III. 441, Prot. S. 1735, 1736).

Die Voraussetzungen sind folgende:

1. Der Ort, an dem der Verkäufer zu erfüllen hat, muss ein anderer sein, als der Ort, nach dem die Sache hingeschafft werden soll. Der Erfüllungsort für den Verkäufer bestimmt sich nach § 269, er ist der Wohnsitz des Verkäufers zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses, falls nicht ein anderer Ort für die Leistung bestimmt oder aus den Umständen zu entnehmen ist, und der Ort der gewerblichen Niederlassung, wenn die Verbindlichkeit in dem Gewerbebetriebe des Verkäufers entstanden ist.

2. Käufer muss die Uebersendung verlangt haben. Das Verlangen kann ausdrücklich oder

stillschweigend und wird häufig stillschweigend gestellt werden.

3. Die Auslieferung muss an die Person oder Anstalt erfolgt sein, welche zur Ausführung der Versendung bestimmt ist, sei dies nun ein Spediteur, Frachtführer oder sonst eine dritte Person. Die Bestimmung kann erfolgen durch Verkäufer oder Käufer. An die Bestimmung des Käufers ist Verkäufer nicht gebunden. Die Auslieferung braucht nicht an die bestimmte Person selbst erfolgt zu sein, selbstverständlich hat Auslieferung an den Stellvertreter die gleiche Wirkung.

Ist die Bestimmung durch Käufer erfolgt und die bestimmte Person als dessen Stellvertreter anzusehen, dann geht schon nach allgemeinen Grundsätzen die Gefahr über, weil dann in der Person des Stellvertreters ihm selbst übergeben ist.

Hat Verkäufer der besonderen ihm vom Käufer ertheilten Anweisung zuwider gehandelt, so ist Verkäufer dem Käufer nur verantwortlich für den daraus entstehenden Schaden, § 447 Abs. 2, die Gefahr geht, wie bereits erwähnt, trotzdem über. Der § gilt, wie bereits erwähnt, für alle Arten Kaufverträge, auch dann, wenn die Sache nur der Gattung nach bestimmt ist.

Nicht erscheint erforderlich, dass der Verkäufer das zur Leistung einer solchen Sache Erforderliche gethan hat, dass schon eine Concentration auf eine bestimmte Sache erfolgt ist (vgl. Hanausek für den Art. 345 des B. G. B. I. S. 109.) Das gleiche Princip gilt auch für den Viehkauf (§ 481), erleidet aber hier Modificationen, die später zu betrachten sein werden.

§ 3.

Die Kenntniss der Parteien vom Fehler beim Vertragsschluss.

I. Einfluss der Kenntniss des Verkäufers vom Mangel.

Wenn nun objectiv an der Kaufsache in dem Moment des Uebergangs der Gefahr auf den Käufer Mängel vorhanden oder zugesagte Eigenschaften nicht vorhanden sind, so fragt es sich. ob der Umstand irgend welchen Einfluss auf die Haftpflicht des Verkäufers äussert, dass derselbe von dem Vorhandensein des Fehlers pp. Kenntniss nicht gehabt hat. Die Antwort kann nur die sein, dass das Nichtwissen wie auch das Wissenmüssen ganz irrelevant ist. Genau so verhält es sich im B. G. B. Darauf beruht gerade die Bedeutung des ädilitischen Edicts gegenüber dem Civilrecht der XII Tafeln, dass es zufolge seiner Tendenz, die ungleiche Stellung des Verkäufers und Käufers auszugleichen, den Käufer vor Täuschung zu bewahren, eine Haftung auch im Falle des Nichtwissens des Verkäufers statuirt.

Lediglich auf das Vorhandensein des Mangels kommt es an, lediglich die Thatsache, dass die Kaufsache der Zusicherung nicht entspricht, macht den Verkäufer verbindlich. Nur wenn der Verkäufer dolos gehandelt hat, wird die Art seiner Haftung eine andere. Diese Regeln haben Geltung auch für den Viehkauf nach G. R. wie nach B. G. B. (§ 481).

II. Kenntniss des Käufers.

Kennt dagegen der Käufer den Fehler oder kennt er ihn unentschuldbarer Weise nicht, so wird die Haftpflicht des Verkäufers nach G. R. ausgeschlossen. Ist der Mangel so offenkundig, dass er dem Käufer nicht verborgen bleiben konnte, wofern er nur einige Aufmerksamkeit angewandt hätte, so haftet Verkäufer nicht. „Wer die Augen nicht aufthut, thue den Beutel auf." Vgl. l. 14 § 10 D. 21, 1. Ein Kennerauge giebt aber nicht den Massstab, selbst nicht, wenn der Käufer Sachverständiger ist. Dem Käufer fällt nur grobe Fahrlässigkeit zur Last. Vgl. Hanausek S. 84 ff. Was den Moment anbetrifft, in welchem das Wissen resp. Wissenmüssen des Käufers nicht vorliegen darf, so kann es sich hier, wo nur von den Voraussetzungen der Haftung die Rede ist, nur um die Zeit des Vertragsabschlusses handeln; späteres Wissen bezw. Wissenmüssen ist allerdings von Bedeutung für die Geltendmachung der Ansprüche des Käufers und wird daher hierauf bei der Erörterung dieser Punkte näher zurückzukommen sein.

Das B. G. B. folgt im Allgemeinen auch in dieser Beziehung den gemeinrechtlichen Principien (vgl. Bernhöft l. c., S. 31 ff.). Kennt der Käufer den Mangel oder das Nichtvorhandensein der zugesicherten Eigenschaft, so hat Verkäufer einen Mangel pp. der verkauften Sachen nicht zu vertreten. § 460. Kennt Käufer den Mangel grob fahrlässiger Weise — nicht blos fahrlässiger Weise — nicht, so entfällt ebenfalls die Haftpflicht, sie bleibt aber begründet, wenn eine Eigenschaft fehlt, die Käufer zusicherte und wenn Verkäufer den Mangel arglistig verschwieg, § 460 2. Satz.

Was den kritischen Moment anbetrifft, so ist auch nach B. G. B. dieser der Abschluss des Kaufes § 460, wenn es sich um eine Speciessache handelt, zu beachten ist nur, dass Verkäufer selbstverständlich nicht haften kann, wenn zur Zeit des Gefahrüberganges der Mangel nicht mehr vorhanden ist, die zugesicherte Eigenschaft aber vorhanden ist. Beim Genusskauf verhält es sich eben so, wenn der ganze Genuss, Gattung, mangelhaft war, zur Zeit des Kaufschlusses des Vertrages und zur Zeit des Gefahrübergangs noch ist. Die Kenntniss oder das Kennenmüssen hat die gleiche Bedeutung für den Viehkauf nach G. R. wie nach B. G. B. (§ 481.)

§ 4.

Die Besonderheiten des Viehkaufs.

Wenn nun einerseits ein an sich verpflichtender Mangel zur Zeit des Gefahrüberganges vorliegt, andererseits auch der Käufer von demselben zur Zeit des Kaufabschlusses nichts gewusst hat, auch nichts wissen konnte, so ist im G. R. die Haftpflicht des Verkäufers materiell begründet, auch nach B. G. B., nur nicht beim Viehhandel. Hier genügt für die Haftung des Verkäufers nicht, dass einer der Hauptmängel im Moment des Gefahrüberganges vorliegt, von denen der Käufer beim Vertragsschluss weder Kenntniss hatte, noch haben musste; das B. G. B. verlangt als weiteres Erforderniss, dass dieselben sich auch innerhalb gewisser Fristen, der Gewährfristen zeigen. § 482 (I. 400, II. 417, III. 475, Prot. S. 1447 bis 1462). Ist dies nicht der Fall, so ist keinerlei Haftung des Verkäufers begründet, selbst wenn der Käufer den Beweis führen könnte, dass der Mangel dennoch zur entscheidenden Zeit (§ 459, 484) vorlag; dieselben sind, wie die Hauptmängel im Gesetz nicht vorgeschrieben, sondern sollen ebenfalls erst durch eine mit Zustimmung des Bundesraths zu erlassende Verordnung bestimmt werden, jedoch legt das Gesetz den Beginn derselben mit dem Ablauf des Tages fest, an welchem die Gefahr auf den Käufer übergeht, § 483 (I 401, II 418, III 476, Prot. S. 1475 bis 1477), also nicht mit dem Moment des Gefahrüberganges, sondern in Uebereinstimmung

mit der Regel des § 187, Abs. 1 mit dem Ablauf des Tages, in den der Gefahrübergang fällt. Die Gewährfrist kann durch Vertrag verlängert oder abgekürzt werden, die vereinbarte tritt dann ganz an die Stelle der gesetzlichen Frist. § 486 (I. 410, II. 421, III. 479, Prot. S. 1500).

Zeigt sich ein Hauptmangel innerhalb der Gewährfrist, so steht damit noch nicht fest, dass derselbe auch zur Zeit des Gefahrüberganges vorhanden war. Bestreitet dies Verkäufer, so würde an sich Käufer den Beweis zu führen haben. Das Gesetz hat aber in Uebereinstimmung mit allen auf dem deutschrechtlichen System beruhenden Gesetzen zur Beseitigung der Schwierigkeit dieses Beweises die übrigens durch Gegenbeweis des Verkäufers zu entkräftende Vermuthung aufgestellt, dass der Mangel, welcher sich innerhalb der Gewährfrist gezeigt hat, schon zur Zeit des Uebergangs der Gefahr vorhanden gewesen ist. § 484 (I. 402 S. 1, II. 419, III. 477, Prot. 1477 bis 1479).

Dies die eine Besonderheit. Im engsten Zusammenhang mit dieser steht die andere. In Folge der in § 484 aufgestellten Vermuthung ist Käufer wesentlich günstiger als Verkäufer gestellt Das Gesetz stellt sich daher wieder auf die Seite des Verkäufers, wenn es in § 485 (I. 402 S. 2, II. 420, III. 478, Prot. S. 1479 bis 1482) dem Käufer die Verpflichtung auferlegt, den Verkäufer von dem Mangel in Kenntniss zu setzen, damit er seinerseits Schritte zur Sicherung des ihm offenstehenden Gegenbeweises thun kann. Spätestens 2 Tage nach Ablauf der Gewährfrist — oder falls das Thier vor dem Ablauf der Frist getödtet worden oder sonst verendet ist, nach dem Tode des Thieres hat der Käufer dem Verkäufer den Mangel anzuzeigen. Sie ist rechtzeitig geschehen, sobald sie innerhalb der

Frist an den Verkäufer abgesandt ist. Der Anzeige ist gleichgestellt die Erhebung der Klage wegen des Mangels, die Streitverkündung (C. P. O. § 69 ff.), ja der Antrag auf gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises genügt, vgl. in der Anlage zur Denkschrift den zur Ergänzung der C. P. O. vorgeschlagenen § 449 d. Die Bedeutung der Anzeige ist eine weitgehende. Versäumt der Käufer dieselbe, so macht er sich nicht nur beweispflichtig, da er die Vermuthung des § 484 einbüsst, er verliert vielmehr auch die ihm wegen des Mangels zustehenden Rechte, und nur dem arglistigen Käufer gegenüber behält er dieselben. Käufer hat den Mangel nicht sofort nach der Entdeckung anzuzeigen. Er wird auch nicht für verpflichtet zu halten sein, das Thier zu untersuchen, noch viel weniger etwa sofort nach dem Empfang. Seine Rechte sind gewahrt, wenn er 2 Tage nach Ablauf der Gewährfrist, nach Verendung des Thieres, falls diese vor Ablauf der Frist erfolgen sollte, anzeigt pp. Ob dem Käufer vor Ablauf der Frist der Mangel, der Tod des Thieres bekannt ist oder nicht, ist irrelevant. Unterbleibt die Anzeige pp., mögen die Entschuldigungsgründe noch so wichtige sein, er geht seines Rechtes verlustig. Welcher Art der Kaufvertrag ist, ob Platz- oder Distanzgeschäft ist ohne Bedeutung, es macht auch keinen Unterschied, in welcher Weise das Kaufobject bestimmt ist, ob individuell oder nur der Gattung nach.

Berechtigt zur Anzeige ist der Käufer, auch ein zu seiner Vertretung Befugter. Die Anzeige eines Nichtbefugten hat die gleiche Wirkung nur dann, wenn Käufer dieselbe nachträglich innerhalb der gesetzlichen resp. vereinbarten Gewährfrist genehmigt.

Gerichtet werden muss die Anzeige, abgesehen von besonderen Umständen, an den Verkäufer resp. an den von diesem Bevollmächtigten.

Dagegen ist keineswegs nothwendig, dass die abgesandte Anzeige innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Zeit oder jemals an den Verkäufer gelangt, dass sie ihm zum Bewusstsein kommt, noch viel weniger, dass von seiner Seite irgend welche Erklärung erfolgt. Die Anzeige ist ein einseitiger Act des Käufers. Gelangt sie nicht an den Verkäufer, so hat Käufer nichtsdestoweniger seiner Verpflichtung genügt. Die Gefahr der gehörig abgesandten Anzeige trifft den Verkäufer. Vgl. Hanausek II. S. 15 ff.

Was den Inhalt der Anzeige anbetrifft, so muss aus demselben hervorgehen, welchen Hauptmangel das Thier hat und zwar so genau, dass dem Verkäufer die Möglichkeit verschafft wird, sich den Gegenbeweis der Vermuthung zu sichern, ihm ein Urtheil darüber zu verschaffen, ob er das Thier zurückzunehmen hat, oder ob er die Rücknahme ablehnen kann, um ihn event. auch in den Stand zu setzen über das Thier anderweitig zu disponiren.

Wie genau danach die Anzeige zu machen ist, entscheidet mit Rücksicht auf den Zweck der Anzeige der einzelne Fall.

Diese Bestimmungen, welche zunächst nur für den Fall gelten, dass sich Hauptmängel innerhalb der Gewährfrist zeigen, gelten auch für andere Mängel, wenn Käufer die Gewährleistung für diese übernommen hat und auch eine Gewährfrist vereinbart ist, vgl. § 492.

§ 5.

Die Ansprüche im Allgemeinen.

Liegen nun die Voraussetzungen vor, welche die Pflicht des Verkäufers begründen, so stehen dem Käufer folgende Ansprüche zu.

Die Geltendmachung derselben ist jedoch wie gleich an dieser Stelle hervorgehoben werden mag, dann durch eine exceptio doli des Verkäufers gehemmt, wenn der Käufer die gekaufte Sache, deren Mangelhaftigkeit er beim Abschluss des Kaufes nicht kannte, auch nicht hätte erkennen müssen, bei ihrer Ablieferung vorbehaltlos annimmt, obwohl er jetzt deren Mangelhaftigkeit entdeckt oder schuldhafterweise, und zwar fällt ihm jetzt levis culpa zur Last, nicht wahrnimmt (vgl. Windscheid II, § 394, Note 29).

Wenn Verkäufer das Vorhandensein einer bestimmten Eigenschaft versprochen oder zugesagt hat, diese aber fehlt, wenn er die Abwesenheit eines bestimmten Fehlers versprochen resp. zugesagt hat, derselbe aber dennoch vorhanden ist, so hat Käufer die actio quanti minoris (aestimatoria, a° redhibitoria und a° emti.

Wenn Verkäufer das Vorhandensein eines Fehlers dolos verschwiegen hat, so hat Käufer ebenfalls a° aestimatoria, redhibitoria und a° emti.

Wenn die im Edict vorgesehenen Mängel vorhanden sind, dagegen nur a° aestimatoria und redhibitoria.

Was den Genusskauf anbetrifft, so handelt es sich namentlich um Beantwortung der in der Praxis allerdings kaum noch bestrittenen Frage, ob beim Genusskauf die ädilitischen Rechtsmittel anwendbar

sind. Vgl. R. G. XII. S. 84; Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen, III. Nr. 787.

Windscheid II. §§ 394, 395 vermeint, beim Kauf generisch bestimmter Sachen müsse als stillschweigend vereinbart angesehen werden, dass die zu liefernde Species fehlerlos geliefert werden solle; sei etwas Fehlerhaftes geliefert worden, so sei trotz der Annahme des Käufers, vorausgesetzt, dass sie nicht in Kenntniss der Fehlerhaftigkeit erfolgt sei, der Vertrag nicht erfüllt, und der Käufer könne anderweitige Lieferung verlangen, daneben sein Interesse. Dieses könne ihn möglicherweise auch berechtigen, anderweitige Lieferung nicht mehr anzunehmen, das fehlerhaft Gelieferte aber unter Kürzung des Kaufpreises zu behalten, sei er nur berechtigt, wenn dies nicht nur in seinem Interesse, sondern auch im Interesse des Käufers liege.

Thöl II, S. 9, 12 ff., ebenfalls die Fehlerlosigkeit als stillschweigend vereinbart ansehend, verneint ebenfalls. Das ädilitische Edikt denke nur an den Kauf einer Species. Trotz der vorhandenen Mängel und der mangelnden versprochenen Eigenschaft sei stets die gakaufte Sache geliefert. Das Nachholen einer vertragsmässigen Lieferung sei deshalb unmöglich. Bei einem Genusskauf sei jedoch die vertragsmässige Waare ein anderes Object als das gekaufte und deshalb sei Lieferung vertragsmässiger Waare immer noch möglich. Der Käufer könne also immer noch anderweitige Lieferung verlangen. Hierauf beschränke sich zunächst das Recht des Käufers, daneben aber dürfe er das Interesse fordern, dass ihm zuvor eine nicht empfangbare Waare geliefert worden; dieses Interesse könne unter Anderm auch darin bestehen, dass er die nachfolgende Lieferung zurückweise und einerseits, indem er die empfangene Waare zur Disposition des Verkäufers

stelle, den Kaufpreis aber einbehalte oder zurückfordere, andrerseits die geschehene Lieferung insoweit anerkenne, dass er sie nicht rückgängig mache und das Interesse, dass die Waare vertragsmässig sei, geltend mache, hierher gehöre namentlich Decort am Kaufpreis.

Goldschmidt, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht XIX, S. 98, 122 hält principiell die ädilitischen Rechtsmittel für anwendbar, ihm schliesst sich Hanausek S. 114 an. Die Gründe, die der Eine wie der Andere gegen die verschiedenen Ansichten, welche die Unanwendbarkeit vertheidigen, auch gegen Windscheid und Thöl anführen, sind meines Erachtens überzeugend. Hervorgehoben mag werden, dass jeder Genusskauf sich durch die Erfüllung spätestens nothwendig in einen Specieskauf auflöst, und andererseits, wenn um desswillen beim Genusskauf die Anwendbarkeit der ädilitischen Rechtsmittel ausgeschlossen sein sollte, weil Fehlerlosigkeit als stillschweigend vereinbart anzusehen sei, beim Specieskauf ein Gleiches der Fall sein müsste; hier aber sind neben der actio emti auch die ädilitischen Rechtsmittel gegeben, mithin müssen sie auch dort neben der actio emti auch das Interesse wegen des unwahren dictum promissum resp. auf Lieferung vertragsmässiger Waare gegeben sein (vgl. Hanausek a. a. O.).

Dem Käufer stehen nun folgende Rechtsmittel zu: Wie beim Specieskauf ist zu unterscheiden der Mangel der vertragsmässigen vom Mangel der gesetzwidrigen Beschaffenheit. Liegt ersterer Fall vor, so wird weiter zu unterscheiden sein, ob Parteien sich bei der Realisirung gegenüber treten oder nicht und in jenem Falle weiter, ob der Mangel ein heimlicher oder offenbarer ist.

Also dictum promissum.

I. Vertragswidriger Mangel.

1. Parteien treten sich bei der Realisirung gegenüber.

a. Der Mangel ist ein heimlicher. Der Käufer hat das Recht den Kauf als nicht erfüllt zu betrachten und mit der actio emti anderweitige Lieferung zu verlangen. So auch Windscheid II, S. 394. Thöl § 275, S. 914. Wie der Käufer mit der Annahme der Waare als solcher keineswegs eine stillschweigende Erklärung des Inhaltes abgiebt, er genehmige die fehlerhafte Sache, so auch nicht die, dass er definitiv die angenommene Waare als Object der Erfüllung ansehe.

Andererseits hat Käufer aber auch das Recht, den Verkäufer bei seiner Erklärung, die bestimmte Sache solle Erfüllungsobject sein, festzuhalten und demnach den Vertrag als erfüllt zu behandeln. Der Genusskauf hat sich nunmehr durch die Leistung in einen Specieskauf aufgelöst. Dieselben Rechtsmittel, die dem Käufer dann, wenn bereits bei Abschluss des Vertrages die Kaufsache individualisirt wäre, zustehen würden, stehen ihm auch ohne Ausnahme zu, also a° emti wegen Unwahrheit des dictum promissum auf das Interesse und ferner die actio aestimatoria und redhibitoria.

b. Wenn der Mangel dagegen ein offener ist, so wird Käufer regelmässig die gelieferte Sache nicht annehmen. Der Vertrag ist nicht erfüllt, der Käufer hat actio emti auf vertragsmässige Lieferung und kann der Klage des Verkäufers auf Bezahlung des Kaufpreises die exceptio non adimpleti contractus entgegenstellen. Hanausek S. 123 giebt dem Käufer indess auch die actio redhibitoria und a° emti auf das Interesse. Beide Ansprüche würde er haben, wenn die Mängel erst nach der Annahme hervortreten: es ist kein Grund ersichtlich, dieselben

ihm zu verweigern, wenn er die angebotene mangelhafte Sache überhaupt nicht annimmt, wozu er berechtigt, ja verpflichtet ist, wenn er nicht angesehen werden will, als genehmige er die Mängel. Um deswillen hat Käufer auch nie das Preisminderungsrecht. Ganz dieselben Grundsätze gelten auch, wenn der Käufer freilich die Mängel nicht erkennt, er sie aber hätte erkennen müssen, und zwar wird auch hier dem Käufer nicht nur eine Nachlässigkeit zur Last fallen, die über alle Grenzen geht, culpa lata, sondern auch culpa levis: der bereits bestehende Vertrag verpflichtet wie den Verkäufer so auch den Käufer zur gehörigen Diligenz.

2. Treten die Parteien sich bei der Realisirung nicht gegenüber, so liegt, wie bereits hervorgehoben, in der Abnahme der Waare von dem mit dem Transport derselben Beauftragten noch keineswegs eine Genehmigung der erkannten Fehler. Also trotz der Abnahme ist Käufer berechtigt, einmal den Kauf als nicht erfüllt zu behandeln. Er hat mithin actio emti auf Lieferung vertragsmässiger Waare, und ist berechtigt, der actio emti die exceptio non adimpleti contractus entgegenzustellen. Andererseits kann Käufer den Vertrag als erfüllt betrachten und hat demnach einerseits actio emti auf sein Interesse, andererseits die a" redhibitoria und aestimatoria.

II. Dieselben Rechtsmittel stehen dem Käufer beim dolus des Verkäufers zu.

III. Ist die gelieferte Species endlich nur gesetzwidrig im Sinne des Edicts und

1. Parteien treten sich gegenüber

a. und der Mangel ist ein heimlicher, so hat Käufer beide ädilitischen Rechtsmittel,

b. ist derselbe ein offener, so darf Käufer die Species nicht annehmen, andernfalls er als ge-

nehmigend angesehen wird, nimmt er nicht an, so hat er die actio redhibitoria, dagegen nicht die a° aestimatoria, welche ja nur dann begründet ist, wenn Käufer die Kaufsache annehmen darf.

2. Treten sich Parteien bei der Realisirung nicht gegenüber, so hat Käufer stets auch nach der Abnahme der fehlerhaften Sache von dem Transporteur die beiden ädilitischen Rechtsmittel. Verweigert er die Abnahme, so hat er die a° redhibitoria, nicht aber die a° aestimatoria. Vgl. Hanausek S. 118 ff.

Nach dem B. G. B. steht die Sache folgendermassen.

Vorweg ist jedoch auch hier festzustellen, welchen Einfluss es auf die Geltendmachung der dem Käufer an sich zustehenden Ansprüche hat, wenn er nach Abschluss des Kaufes den vorhandenen Fehler der gekauften Sache oder beim Genusskauf der gelieferten Species erkannt oder doch hätte erkennen müssen. In Betracht kommt hier der § 464 (I. 386. II. 401, III. 457, Prot. S. 1384 bis 1387), der sowohl für den Species- als auch den Gattungskauf Anwendung findet. Nimmt der Käufer die gekaufte Sache oder die gelieferte Species an, obschon er die Mängel kennt, so stehen ihm die an sich begründeten Ansprüche nicht zu, er müsste denn etwa seine Rechte wegen der Mängel vorbehalten haben. Der Paragraph spricht nur von „Kennen"; das „Kennenmüssen" steht dem nicht gleich, wie dies im G. R., wie wir gesehen haben, der Fall war; die Motive II. S. 230 zu § 386 bemerken in dieser Beziehung, eine Gleichstellung sei weder aus inneren Gründen gerechtfertigt, noch für den bürgerlichen Verkehr, im Gegensatz zum Handelsverkehr, durch praktische Rücksichten geboten.

Im Einzelnen ist zu unterscheiden:

1. Specieskauf.

1. Wenn der verkauften Sache zur Zeit des Ueberganges der Gefahr die zugesicherte Eigenschaft fehlt oder ein Mangel vorhanden ist, dessen Abwesenheit zugesichert ist, so hat Käufer das Recht der Wandelung und der Minderung. § 462 (I. 383, II. 399, III. 455, Prot. S. 1351 bis 1369).

2. Fehlt der verkauften Sache die zugesicherte Eigenschaft auch bereits zur Zeit des Abschlusses des Kaufes, so hat Käufer das Recht der Wandelung, der Minderung und des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung. § 463 (I. 385, II. 400, III. 456, Prot. S. 1377 bis 1384, 2521, 2522, 2525, 2526).

Wie im G. R., so kommt es auch nach B. G. B., wie wir bereits gesehen haben, auf ein Verschulden des Verkäufers nicht an. Also auch ohne Verschulden haftet Käufer im letzteren Falle auf vollen Schadensersatz.

Die Motive und Denkschrift rechtfertigen die weitgehende Haftung damit, dass die Zusicherung einer Eigenschaft nach der Auffassung des Verkehrs regelmässig die Uebernahme der Garantie für das Vorhandensein der Eigenschaft enthält; ob dies eine genügende Rechtfertigung ist, kann bezweifelt werden. Vgl. Bernhöft S. 34.

3. Wenn Käufer den Mangel arglistiger Weise verschwiegen hat, oder das Vorhandensein einer Eigenschaft arglistiger Weise zugesagt hat, so hat Käufer das Recht der Wandelung, der Minderung und des Schadensersatzes (§ 463), wobei noch hier besonders darauf aufmerksam gemacht werden mag, dass Verkäufer selbst dann haftet, wenn dem Käufer der Mangel grob fahrlässiger Weise unbekannt geblieben ist.

Natürlich muss auch hier der Mangel im Augenblick des Gefahrüberganges vorhanden sein.

4. Wenn die gesetzmässigen (§ 459) Fehler zur Zeit des Gefahrüberganges vorhanden sind, so hat Käufer das Recht der Wandelung und der Minderung.

Beim Viehhandel gelten im Uebrigen (§ 481) dieselben Vorschriften, jedoch ist das Recht der Minderung dem Käufer versagt, entsprechend aber das Recht der Wandelung erweitert (darüber später). Der Ausschluss der Minderung rechtfertigt sich aus der Unsicherheit der hier nothwendigen Schätzung lebender Thiere, ferner daraus, dass der Käufer, der trotz des Mangels ein gutes Geschäft gemacht hat, in Folge der Erhebung des Anspruchs auf Minderung einen weiteren Vortheil erlangen könnte, und auch daraus, dass dem Verkäufer durch die Minderung die Möglichkeit abgeschnitten würde, sich durch Rücknahme des Thieres vor Schaden zu bewahren. Der Käufer hat also:

im Fall 1: Wandelung,
im Fall 2: Wandelung und Schadensersatz,
im Fall 3: Wandelung und Schadensersatz,
im Fall 4: Wandelung.

2. Gattungskauf.

Das B. G. B. entscheidet die oben angeführte Controverse, ob der Käufer auch beim Gattungskauf das Recht der Wandelung und Minderung hat, bejahend § 480 (I 398, II 415, III 473, Prot. S. 1426 bis 1439, 8442, 8458, 8459), er hat also

1. wenn der gelieferten Species zur Zeit des Uebergangs der Gefahr eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, das Recht der Wandelung, der Minderung, ferner des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung und endlich auch das Recht zu verlangen, dass ihm

an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird. § 480, 1, 2.

Sieht Käufer, dass die Eigenschaft fehlt und nimmt sie trotzdem an, so verliert er seine Ansprüche, falls er sich seine Rechte nicht vorbehält, § 464, was in allen Fällen der Abnahme der Waare in Kenntniss der Fehlerhaftigkeit gilt, hier aber noch besonders hervorgehoben sein mag. Sieht er dagegen grobfahrlässiger oder nur fahrlässiger Weise den Mangel nicht, und nimmt ohne Vorbehalt an, so behält er seine Ansprüche; der nicht wissende Verkäufer wird aber das Recht haben, vom Käufer den Ersatz etwaigen Schadens zu verlangen, weil der Vertrag zur Diligenz verpflichtet; nimmt er sie nicht an, so wird Käufer, vgl. das G. R., das Recht auf vertragsmässige Lieferung, aber auch das Recht auf Wandelung und auf das Interesse, nicht aber das Recht der Minderung haben.

2. Wenn Käufer beim Uebergang der Gefahr arglistiger Weise das Vorhandensein eines Fehlers verschweigt, das Recht der Wandelung, der Minderung, des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung — auch hier wird Haftung nicht ausgeschlossen, wenn dem Käufer grobfahrlässiger Weise der Fehler unbekannt geblieben ist — und das Recht auf Lieferung einer mangelfreien Sache an Stelle der mangelhaften.

3. Wenn der gelieferten Sache die gesetzlichen Fehler (§ 459 und 243) zur Zeit des Uebergangs der Gefahr anhaften, das Recht der Wandelung, der Minderung und das Recht zu verlangen, dass ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert werde.

Beim Viehkauf besteht auch hier nur der Unterschied, dass Käufer nicht das Recht der Minderung hat, vgl. Denkschrift und Motive zu § 487.

§ 6.

Der Anspruch auf Preisminderung.

Mit dieser Klage erstrebt Käufer eine Minderung des Kaufpreises.

Dass er auf dieses Recht verzichten kann, ist nichts besonderes; natürlich kann ein solcher Verzicht auch stillschweigend erklärt werden. Dass aber ein stillschweigender Verzicht in jeder Disposition der Sache, auch die Unkenntniss des Mangels liege, ist eine durch nichts gerechtfertigte Behauptung. Ja eine solche liegt auch keineswegs nothwendiger Weise in einer Disposition über die Sache in Kenntniss des Mangels. Windscheid § 394, Nr. 12a, Thöl S. 916, Nr. 30, Hanausek S. 132. R. G. XVII. S. 68, Bolze I Nr. 1070, III Nr. 702 — R. G. XXV S. 30.

Ebenso verhält es sich nach B. G. B. Aus dem Gesichtspunkt des fehlenden Schadens ist a" quanti minoris nicht ausgeschlossen, denn der Preisminderungsanspruch ist kein Interessenanspruch (vgl. Hanausek S. 133, Seuff Arch., B. 33 Nr. 116). Damit stimmt das B. G. B. überein.

Was die Preisminderung anbetrifft, so sprechen sich die Quellen über die Höhe resp. Art derselben sowohl in dem Sinne aus, dass dieselbe sich nach der Differenz zwischen dem Werthe der mangelhaften Sache und dem Kaufpreise berechne, quanti minoris emturus fuerit, l. 13 pr. § 1—19, 1; l. 32 § 1 de evict. 21, 2, als auch dahin, dass die Differenz zwischen dem Werthe der fehlerhaften Sache und

dem Werthe der als mangelfrei gedachten Sache, quanti minoris res fuerit massgebend sei, l. 38 pr. § 13 — 21, 1; l. 25 § 1 — 44, 2. Dass die eine wie die andere Art der Berechnung richtig ist, wenn der für die mangelfreie Kaufsache vereinbarte Kaufpreis mit dem objectiven Werthe der als mangelfrei gedachten Sache sich deckt, ist unbestritten, bestritten dagegen, wie die Differenz in dem Falle zu berechnen ist, in welchem der objective Werth der mangelfreien Sache sich mit dem Kaufpreis nicht deckt. Feststeht jedoch auch in diesem Fall, einmal dass bei der Abschätzung der Kaufsache auf die Zeit des Kaufabschlusses zu sehen ist, wenn es sich um einen Specieskauf handelt, vgl. Buchka und Budde V, S. 250; handelt es sich um einen Genusskauf, auf den Moment, in welchem sich der Genusskauf in einen Specieskauf auflöst, und ferner, dass weder die eine noch die andere dieser sgn. absoluten Berechnungsarten (vgl. Hellweg, Arch. f. civil. Praxis LIX: über die Berechnung der Preisminderung bei der actio quanti minoris) ausnahmslos richtig sein kann. Dies ergeben die überall angeführten praktischen Beispiele.

Nach der ersten Berechnungsart würde der Käufer eine Preisminderung überall nicht beanspruchen können, wenn der Werth der fehlerhaften Kaufsache noch immer den Kaufpreis übersteige, die andere aber würde unter Umständen dahin führen, dass der Käufer die Kaufsache behalten und den ganzen Kaufpreis zurückbekommen würde, ein Resultat, das gewiss unhaltbar ist. Hanausek S. 125.

Werth der mangelfreien Sache 20, der mangelhaften 10, Kaufpreis 10. Die Erkenntniss der Unrichtigkeit dieser beiden Auffassungen hat daher dahin geführt, sowohl den Kaufpreis als auch den

Werth der als mangelfrei gedachten Kaufsache bei Berechnung des Nachlasses am Kaufpreis in Berücksichtigung zu ziehen. Hellweg a. a. O. S. 44, Windscheid II. S. 485, Hanausek S. 129. Principiell tragen diese alle das Verhältniss des gezahlten Kaufpreises zum objectiven Werth der als mangelfrei gedachten Kaufsache auf das Verhältniss hinüber, in welchem zum objectiven Werth der mangelhaften Sache der nunmehr zu zahlende Kaufpreis steht. Während aber Hellweg und Windscheid diese dritte sogenannte relative Berechnungsart zwar principiell für richtig erklären, aber auch je nach Lage des Falles eine andere Berechnungsart für richtig halten, erklärt Hanausek S. 130 die relative Art der Berechnung wie principiell so ausnahmslos für richtig. Auch ich halte nach den von Hanausek angeführten Gründen die relative Berechnungsart für die allein richtige. Das vielleicht Auffallende der Hanausek'schen Ansicht geht verloren, wenn man bedenkt, dass auch er — vgl. Anm. 12 S. 121 — eine Rücksichtnahme auf das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften, auf die Abwesenheit bestimmter Fehler vorschreibt, wenn die Waare ohne diese, mit jenen nicht zu dem Zwecke tauglich erscheint, zu welchem sie vereinabrungsmässig tauglich sein soll. — Was die Praxis anbetrifft, vgl. R. G. XV S. 327, Bolze II Nr. 997 XIV Nr. 438.

Das B G. B. folgt dem auch hier schon für das G. R. anerkannten relativen Princip. § 472 (I. 392, II. 408, III. 465, Prot. S. 1395 bis 1397). Bei der Minderung ist der Kaufpreis in dem Verhältniss herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufes der Werth der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Werthe gestanden haben würde; zur

Zeit des Verkaufs natürlich; die Zeit des Gefahrübergangs kann hier nicht massgebend sein.

Sind nach G. R. mehrere Sachen uno actu et uno pretio verkauft, und nicht alle Sachen, nur ein Theil ist mangelhaft, so kann von einer gleichmässigen Vertheilung des Kaufpreises auf alle einzelnen Sachen nicht die Rede sein (l. 36, l. 64 ht.), vielmehr ist der Werth der einzelnen Sachen durch Schätzung zu ermitteln und so der verhältnissmässige Antheil der fehlerhaften Stücke am Kaufpreise festzustellen, der dann zu mindern ist. Die Schätzung dürfte in dem Falle leicht sein, in welchem die Parteien die Werthe der einzelnen Sachen vereinbart haben. Wenn aber durch die Mangelhaftigkeit der einen Sache auch eine oder mehrere andere an Werth oder Brauchbarkeit verlieren, so ist auch hierauf Rücksicht zu nehmen. (l. 38 § 13 ht.). Die Stelle spricht allerdings nur von dem Fall, in welchem unitas pretii vorliegt, dass aber auch in dem Fall, wenn unitas pretii nicht vorliegt, vielmehr besondere Preise für die einzelnen Stücke festgesetzt sind, trotzdem aber jede einzelne Sache nur mit Rücksicht auf alle übrigen gekauft ist, die Fehlerhaftigkeit der einen Sache also auf den Werth aller übrigen mindernd eingewirkt hat, keine anderen Normen massgebend sein können, ist bereits in Buchka und Budde V, S. 256 überzeugend nachgewiesen. Die Minderung erfolgt demnach nur an dem festgesetzten Einzelpreise, wenn mehrere Sachen uno actu unter Festsetzung der Einzelpreise als nicht zusammengehörig verkauft sind. Hier liegen in der That schlechthin so viel Käufe als Gegenstände vor. Schliesslich können die Umstände des einzelnen Falls auch darauf hindeuten, dass der Verkäufer überall nicht haftbar werden soll, wenn nur einzelne oder mehrere Sachen mangelhaft sind,

sondern erst dann, wenn die mehreren Sachen in ihrer Totalität mangelhaft im Sinne des Edicts sind, in ihrer Totalität dem dictum promissum nicht entsprechen. Vgl. Seuffert Archiv XVII. Nr. 127, XXVII. Nr. 113.

Nach B. G. B. stellt sich die Sache folgendermassen. Sind mehrere Sachen für einen Gesammtpreis verkauft und findet die Minderung nur für einzelne Sachen statt, so ist nach der Bestimmung des § 472, 2 im Gegensatz zu den gemeinrechtlichen Normen, nach welchen der Werth der einzelnen Sachen geschätzt und so der verhältnissmässige Antheil der fehlerhaften Stücke am Kaufpreise festgestellt werden muss, bei der Herabsetzung des Preises der Gesammtwerth aller Sachen zu Grunde zu legen, also — vgl. Schollmeyer S. 10 — Gesammtwerth der sämmtlichen fehlerfreien Sachen verhält sich zum Gesammtwerth, der sich unter Berücksichtigung der gerügten Fehler herausstellt, wie der Kaufpreis zu x. Sind dagegen beim Verkauf mehrerer Sachen die Einzelpreise festgesetzt, und die einzelnen Sachen sind mit Rücksicht auf einander verkauft und gekauft, so ist wieder das Princip des § 472, 1 zur Anwendung zu bringen, wie andererseits beim Verkauf mehrerer Sachen zu Einzelpreisen ohne Rücksicht auf einander die Regeln des G. R. angewandt werden müssen, weil in diesem Falle so viel Verträge vorliegen, als Sachen verkauft sind.

Zur Beseitigung der Schwierigkeit, welche das relative Princip dann bereiten kann, wenn neben dem in Geld festgesetzten Kaufpreise Leistungen bedungen sind, die nicht vertretbare Sachen zum Gegenstand haben, bestimmt § 473 (II. 409, III. 466, Prot. S. 1397 bis 1399), dass diese Leistungen zunächst in Geld zu veranschlagen sind, und zwar auch hier nach dem Werth zur Zeit des Verkaufs,

und dass dann der Kaufpreis verhältnissmässig herabzusetzen ist; die Herabsetzung des Preises soll von dem in Geld festgesetzten Preise erfolgen, und wenn dieser geringer ist als der abzusetzende Betrag, soll Verkäufer den überschiessenden Betrag vergüten.

Das Recht auf Minderung ist nach G. R. und B. G. B. ein theilbares Recht. Sind mehrere Verkäufer oder mehrere Käufer vorhanden, ursprünglich oder in Folge Beerbung, so kann von jedem oder gegen jeden Einzelnen Minderung zu seinem Antheil verlangt werden, im Zweifel (§ 420) zu gleichen Theilen. Wenn einer der Schuldner zu seiner Theilleistung ausser Stande ist, muss nicht etwa der andere Schuldner ergänzend für seinen Antheil aufkommen. Vgl. Cosack S. 380, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Der Anspruch auf Minderung kann nach G. R. wie nach B. G. B. so oft erhoben werden, so oft sich neue Mängel der Sache zeigen. Dass wegen solcher Mängel, die bei der Erhebung der Minderungsklage schon vom Käufer entdeckt, aber nicht geltend gemacht waren, später die Minderungsklage nicht erhoben werden kann, folgt aus dem Princip des § 464.

§ 7.

Der Anspruch auf Wandelung.

A. Im Allgemeinen.

I. Gemeines Recht.

Die „Formelle Function" der actio redhibitoria kann hier übergangen werden. Bekanntlich ist es streitig, ob dieselbe überall noch nach G. R. gilt, wie dies nach römischem Recht der Fall war; jedenfalls war sie nicht durch das Vorhandensein eines Mangels bedingt, sondern lediglich durch die Thatsache, dass Käufer kein Versprechen des Verkäufers dahin erhalten konnte, dass die gekaufte Sache keine ädilitischen Fehler besitze.

Was die „materielle Functionen" der a° redhibitoria anbetrifft, so stellt die herrschende Lehre als Princip auf: Beide Parteien sind in denselben Zustand zurückzuversetzen, in welchem sie sein würden, wenn der Kauf nicht abgeschlossen worden wäre. Diese Auffassung vertritt namentlich Windscheid § 394, Text zu Nr. 2, anscheinend den von Ihering, Jahrbücher für die Dogmatik IV angeregten Gedanken, die a° redhibitoria sei auf das negative Vertragsinteresse gerichtet, weiter verfolgend. Dieser tritt Hanausek S. 134 ff. mit Recht entgegen; „nicht um das negative Interesse handelt es sich bei der a° redhibitoria, nicht um

eine resolutio ex tunc, sondern, wenn überhaupt die Verpflichtungen, welche die beiden Parteien treffen, unter ein Schlagwort zusammengefasst werden sollen, ist die redhibitoria als resolutio ex tunc zu charakterisiren.“ Vgl. Seuffert Archiv Neue Folge III. Nr. 10.

II. Bürgerliches Gesetzbuch.

Nach B. G. B. finden auf das Recht der Wandlung wesentlich die Vorschriften über das vertragsmässige Rücktrittsrecht (§ 346 ff) Anwendung § 467 (I 387, II 403, III 460, Prot. 1389 bis 1392, 1605, 1606, 8442). Die beiderseitigen primären Forderungen und Verpflichtungen aus dem Vertrage sind nicht erloschen, wie dies allerdings nach den Beschlüssen der II. Commission der Fall sein sollte (Gruch, Beiträge B. 39, S. 697), aber dann nicht Gesetz geworden ist; ihre Erfüllung kann aber nicht mehr gefordert werden. Die Parteien sind verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren, thunlichst den Zustand wieder herzustellen, der vor Abschluss des Kaufvertrages bestand. Diese Verpflichtungen entstehen ipso iure mit der Geltendmachung der Wandelungsklage. Parteien werden einander nur verpflichtet, wie im G. R. tritt keine dingliche Rückwirkung ein.

Was das Verhältniss der Verpflichtungen beider Contrahenten anbetrifft, so kann nach G. R. (Hanausek S. 26 ff, l. 26 D. ht.) Käufer verlangen, dass Verkäufer zuerst seine Verpflichtungen erfüllt, aber nur, wenn er — Käufer — genügende Sicherheit leistet; nach B. G. B. sind dagegen, abgesehen von besonderer anderweitiger Vereinbarung, die sich aus dem Rücktritt ergebenden Verpflichtungen Zug um Zug zu erfüllen, Käufer und Verkäufer können die ihnen obliegenden Leistungen bis zur Bewirkung der

Gegenleistung verweigern § 348 (I 428, II 299, III 343, Prot. S. 1583), § 320 (I 362, 363, 364, II 271, III 314, Prot. S. 1254 bis 1263, 1269 bis 1274), keiner von ihnen kann durch Stellung einer Sicherheit Seitens des anderen Contrahenten zur Vorleistung gezwungen werden, § 320, 1, letzter Satz § 273, 3. Ist jedoch von der einen Seite theilweise geleistet worden § 320, 2, so kann die Gegenleistung in so weit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnissmässiger Gegensicherheit des rückständigen Theils gegen Treue und Glauben verstossen würde. Käufer sowohl wie Verkäufer können auf Leistung aus diesem Schuldverhältniss, d. h. auf die Wandlungsleistung klagen. Es kann eine Partei die andere in Verzug setzen und die Verzugsfolgen hervorrufen. Der Verkäufer ist aber nicht auf die Klage beschränkt, sondern ihm steht für den Fall des Verzugs des Käufers noch der Rechtsbehalt des § 354 (I 430 Nr. 1, 2, II 303, III 349, Prot. S. 1592 bis 1594, 8422 bis 8425) zur Verfügung. Nach diesem Paragraph wird die Wandlung unwirksam, wenn der Verkäufer dem Käufer, der mit der Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes oder eines erheblichen Theils desselben in Verzug gerathen ist, eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmt hat, dass er die Annahme der Wandlungsleistung nach dem Ablauf der Frist ablehnen werde und, wenn nun der Käufer diese Frist ohne Erbringung seiner Wandlungsleistung verstreichen lässt.

Im Gegensatz zu dem Bemerkten führt Schollmeyer S. 17 aus, dass die Rollen der Parteien in dem durch Vollzug der Wandlung geschaffenen gegenseitigen Schuldverhältnisse ungleich bestimmt seien. Der Verkäufer solle nur das Recht der Fristsetzung aus § 354, nicht aber das Klagerecht zur Durchführung

der vollzogenen Wandlung haben. Ich halte diese Auffassung für unzutreffend. Es soll ja doch der Verkäufer, wie § 354 voraussetzt, den Käufer in Verzug setzen können, er muss also die Wandlungsleistung des Käufers auch verlangen können. Ferner sagt der § 354 nur, dass der Verkäufer dem Käufer eine angemessene Frist setzen „kann". Nach der Auffassung Schollmeyer's würde es der Käufer in der Hand haben, die Durchführung der vollzogenen Wandlung zu vereiteln, indem er die ihm gesetzte Frist verstreichen lässt. Dieses Resultat findet Schollmeyer der Stellung des Käufers gemäss, da die Redhibition sein Recht, nicht seine Pflicht sei. Dagegen ist aber zu sagen, allerdings steht es zur freien Wahl des Käufers, ob er wandeln will, hat er aber Wandlung verlangt, ist die Wandlung vollzogen, so ist damit das neue Schuldverhältniss ins Leben getreten, dem er sich nicht mehr entziehen kann.

Ueber die Frage, ob der Käufer, nachdem die Wandlung unwirksam geworden ist, noch Minderung begehren kann, vgl. § 9.

Wegen der Durchführung des Rücktrittsrechts im Prozess habe ich bereits oben auf die für die C. P. O. vorgeschlagene Ergänzung der §§ 664, 684 und den neuen § 676 a in der Denkschrift hingewiesen.

B. Im Speciellen.

I. Verpflichtungen des Käufers.

Die principiellen Gesichtspunkte sind folgende:

1. Der Käufer muss die Kaufsache in demselben Zustand zurückgeben, in welchem er sie erhalten hat, und zwar hat Verkäufer sie zu holen (Ha-

nausek S. 152) nach G. R. wie nach B. G. B.; auch nach letzterem ist die Schuld des Käufers Holschuld. Vgl. Cosak S. 338.

2. Mit der Kaufsache hat Käufer auch zu restituiren, was ihm mit der Kaufsache übergeben worden oder beim Käufer bei ihr hinzugetreten ist (l. 23 § 1, l. 31 § 3 ht.), so auch nach B. G. B.; nach G. R. auch alle Früchte, welche Käufer gezogen hat oder hätte ziehen können (sie müssten denn etwa wieder casuell untergegangen resp. verschlechtert sein) und allen weiteren Erwerb, den Käufer von der Sache gemacht hat (l. 24 ht.).

Was nach B. G. B. Nutzungen (§ 100) anbetrifft, so hat Käufer diejenigen herauszugeben, welche er seit Empfang der Sache gezogen hat. § 347 (I. 427 Abs. 2, 3, II. 298 Abs. 2, III. 342, Prot. S. 1579, 1580, 1582) und § 987. Hat Käufer keine Nutzungen gezogen, die er nach den Regeln einer ordnungsmässigen Wirthschaft hätte ziehen können, so haftet er, wenn er Schuld an der Unterlassung ist, für den Schaden, welcher dem Verkäufer dadurch entstanden ist.

3. Kann der Käufer die Sache überhaupt nicht mehr zurückgeben, oder nur in verschlechtertem Zustand, so wird er befreit, wenn Untergang oder Verschlechterung casuell ist. Vgl. Seuffert Archiv XXI. Nr. 34, N. F. III. Nr. 10, VII. Nr. 302; er muss jedoch den Schaden ersetzen, den die Kaufsache und die übrigen Leistungsgegenstände nicht etwa durch seinen dolus, culpa lata, culpa levis, wie Windscheid Nr. 5 a. a. O. S. 486 behauptet, sondern wie Hanausek S. 143 ff. nachweist, durch seine, seiner Familie, seines Procurators vorgenommene Thätigkeit genommen hat (l. § 1, l. 23 pr. l. 25 § 2, § 3), mag sie untergegangen, nur verschlechtert oder mit dinglichen Rechten belastet

sein. Auch die blosse Unterlassung, die zum Verlust oder zur Verschlechterung der Sache oder zu einem Nichterwerb aus der Sache geführt hat, verpflichtet, wenn dieselbe doloser oder culposer (culpa levis) Weise vom Käufer, seiner familia, seinem Procurator begangen wird. Ueber den muthmasslichen Grund der Haftung des Käufers für das Verhalten der familia, des Procurators. Vgl. Hanausek S. 145. An die Stelle der familia und des Procurators will wohl mit Recht Hanausek die Hausgenossen, Bediensteten, Handlungsgehülfen im weitesten Sinne des Wortes treten lassen.

Das B. G. B. regelt diese Punkte, wie folgt. Ist die Sache, welche zurückgegeben werden soll, untergegangen, oder ist dem Käufer die Rückgabe aus anderen Gründen unmöglich, z. B. er derelinquirte, oder kann er sie nur in verschlechtertem Zustand zurückgeben, so ist er von dem Erwerbe der Kaufsache an nach den Grundsätzen ersatzpflichtig, welche für das Verhältniss zwischen dem Eigenthümer und dem Besitzer von dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigenthumsanspruches gelten (§ 347). Diese Analogie mit dem Besitzer einer fremden Sache rechtfertigt sich dadurch, dass hier beide Theile, also auch der Käufer, mit der Möglichkeit des Rücktritts, der Wandlung, d. h. mit der Möglichkeit, das Empfangene zurückgeben zu müssen, zu rechnen haben. Nach diesen Grundsätzen ist eine Ersatzpflicht des Käufers nicht begründet, wenn die Unmöglichkeit der Rückgabe oder die Möglichkeit der Rückgabe nur in verschlechtertem Zustande eine vom Käufer nicht verschuldete, casuelle ist. § 989 (I. 933, II. 903, III. 974, Prot. S. 3955 bis 3961, 3966, 3968 bis 3970, 8558). Damit, dass die Ersatzpflicht des Käufers in diesem Falle negirt ist, ist aber die Wandlung noch nicht aus-

geschlossen. Sie ist vielmehr nach § 350 eingeräumt, obwohl die Sache nach Empfang durch Zufall untergegangen ist.

Also auch nach B. G. B. ist Voraussetzung der Wandlung nicht die Möglichkeit zur Rückgabe der Sache Seitens des Käufers (Schollmeyer S. 20), weil die Wandlung den Käufer in die Lage setzen soll, in der er ohne den Vertragsschluss gewesen wäre. Es müssen ihm also auch die im Gefahrübergange liegenden Folgen des Vertragsschlusses unschädlich sein.

Liegt ein Verschulden, Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 276) des Käufers vor, und nicht nur des Käufers selbst, sondern auch ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient — wesentlich anders wie das G. R. § 278, 351 — so wird das Rücktrittsrecht und damit die Wandlung ganz ausgeschlossen, wenn die Sache oder ein erheblicher Theil derselben untergegangen oder wesentlich verschlechtert ist, oder wenn Käufer die anderweitige Unmöglichkeit der Rückgabe herbeigeführt hat. Die Wandlung ist demnach zulässig, wenn eine Verschlechterung der Sache durch Zufall eingetreten ist oder ein erheblicher Theil der Sache zufällig untergegangen ist.

Es steht aber der Käufer, wie wir soeben gesehen haben, § 278 (I. 224 Abs. 2, II. 234, III. 272, Prot. S. 607, 609, 8412, 8413), § 351 (I. 430 Nr. 1, II. 302 Nr. 1, III. 346, Prot. S. 1592 bis 1594, 8422 bis 8428), § 353 (II. 303 Satz 2, III. 348, Prot. S. 1592 bis 1594, 8422 bis 8424) für das Verschulden derjenigen Personen ein, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. Das sind aber nicht nur die, denen die Bewahrung der Sache vom Käufer aufgetragen ist, sondern auch diejenigen, denen

die Sache, wenn auch nur dem Besitze nach anvertraut ist, denen eine Bewahrungspflicht irgendwie auferlegt ist, z. B. Miether, Entleiher, nicht aber Gäste (vgl. auch Beschlüsse der II. Commission bei Gruchot, Beiträge B. 50 S. 140 ff.).

Was den Fall der Veräusserung der mangelhaften Sache anbetrifft, so bestimmt für das G. R. l. 43 § 8: Pignus manebit obligatum etiamsi redhibitus fuerit servus; quem ad modum si alienasset aut usufructum ejus, non recte redhibetur nisi redemtum sit, et pignore liberatum redhibeatur. Veräussert Käufer jedoch in Kenntniss der Fehlerhaftigkeit, so kann hierin ein Verzicht auf die Geltendmachung der actio redhibitoria gefunden werden. Ein solcher liegt aber nicht nothwendiger Weise in demselben. Hanausek S. 146. Seuffert Archiv II. Nr. 24, 170, N. F. II. Nr. 122. Bolze II. Nr. 995, R. O. H. G. VI. S. 331.

Wenn unter der Herrschaft des B. G. B. der Käufer den empfangenen Gegenstand oder einen erheblichen Theil desselben veräussert, derelinquirt, übereignet oder mit dem Recht eines Dritten belastet hat — diese Rechte werden durch die Wandelung nicht berührt — so ist principiell Wandelung nicht ausgeschlossen, wohl aber dann, wenn die nun gegebene Unmöglichkeit der Herausgabe vom Käufer verschuldet ist. Für die Frage, ob Verschuldung vorliegt, wird es auf die Kenntniss des Käufers vom Mangel bei Vornahme der Veräusserung allerdings ankommen, aber nicht jede in Kenntniss des Fehlers angenommene Veräusserung ist eine schuldhafte (vgl. Schollmeyer S. 20). Bei schuldhafter Veräusserung ist die Wandlung nur so lange ausgeschlossen, als es dem Käufer nicht gelingt, die Möglichkeit der Herausgabe wieder herzustellen (vgl. Cosack S. 364 b).

Jede Veräusserung, verschuldete und unverschuldete, schliesst die Wandlung aus, wenn bei demjenigen, welcher den Gegenstand in Folge der Verfügung erlangt hat, die Voraussetzungen des § 351 oder § 352 eingetreten sind, wenn dieser also schuldhafter Weise, auch hier nicht nur eigene Schuld (vgl. § 278), eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes herbeigeführt hat (vgl. Scholl meyer S. 20, 21). Geht die Sache beim Erwerben durch Zufall unter etc., so ist die Wandlung nicht ausgeschlossen.

Einer Verfügung des Berechtigten ist gleichgestellt eine Verfügung, die im Wege der Zwangsvollstreckuug, der Arrestvollziehung oder durch den Concursverwalter erfolgt. Vgl. für das G. R. Seuffert Archiv N. F. XII. Nr. 180.

Ein Verbrauch der Kaufsache schliesst nach G. R. wie nach B. G. B. keineswegs nothwendiger Weise den Redhibitionsanspruch aus (Hanausek S. 147, 196), dann nicht, wenn der Verbrauch in Unkenntniss erfolgt, aber auch dann nicht, wenn Käufer wissentlich verbraucht, aber in der Absicht, den Verkäufer einer dem Verderben ausgesetzten Sache vor Schaden zu bewahren. Seuffert Archiv N. F. XVIII. Nr. 16. Verbesserungen schliessen den Redhibitionsanspruch ebenfalls nach G. R. wie nach B. G. B. nicht aus, verpflichten event. aber den Verkäufer zum Ersatz. Seuffert Archiv V. Nr. 120, XVIII. Nr. 133.

Wird die Sache zu einer neuen umgestaltet und ist sie in ihre frühere Gestalt nicht rückführbar, so ist nach G. R. Redhibition ausgeschlossen, ist sie rückführbar, so ist Käufer zur Wiederherstellung des früheren Zustandes verpflichtet und kann nicht

redhibiren, bevor er dieser Verpflichtung nicht nachgekommen ist. Ist die Sache keine neue geworden, so ist der Redhibitionsanspruch nicht ausgeschlossen, Käufer aber zum Schadensersatz verpflichtet. Vgl. R. O. H. G. X. S. 273, XVI. S. 322.

Nach B. G. B. gelten für diesen Fall folgende Regeln:

Hat Käufer die empfangene Sache in eine Sache anderer Art durch Verarbeitung oder Umbildung umgestaltet, § 352, (I. 430 Nr. 3, II. 302 Nr. 2, III. 347, Prot. S. 1592 bis 1594), so ist die Wandlung ausgeschlossen. Es wird auch hier zu unterscheiden sein, ob die Sache in ihre frühere Gestalt rückführbar ist oder nicht. Ist sie rückführbar, so kann Käufer nach Rückgestaltung Wandlung verlangen, zeigte sich der Fehler erst bei der Umgestaltung, so bedarf es der Rückgestaltung nicht (vgl. Motive II, S. 231 ff.).

Ist eine neue Sache nicht hergestellt, so werden die Grundsätze der Verschlechterung analog anzuwenden sein, und hier, falls nicht etwa ein Verzicht in der Vornahme der Umgestaltung zu erblicken ist, zwischen wesentlicher und unwesentlicher Verschlechterung und andererseits zu unterscheiden sein, ob den Käufer ein Verschulden trifft oder nicht. § 352.

II. Verpflichtungen des Verkäufers.

Wenn Käufer das Kaufgeld bereits gezahlt hat, muss Verkäufer dasselbe restituiren und zwar nach G. R. wie nach B. G. B., § 347, mit Zinsen, nach G. R. mit 5 pCt., nach B. G. B. mit 4 pCt., § 246, (I. 217, II. 210, III. 240, Prot. S. 581 bis 583, 8447 bis 8451) und weiter mit demjenigen, was Käufer noch ausserdem bei Schliessung des Handels entweder

wegen Verabredung oder weil es sonst hat bezahlt werden müssen, ausgegeben hat, z. B. Zoll, Schlüsselgeld, Halftergeld — Glück XX S. 80, l. 27, l. 29, § 2 ht., (vgl. auch Bolze III. Nr. 705 b; R. O. H. G. XV S. 218; R. G. S. 189) auch hat Verkäufer dem Käufer die Vertragskosten zu ersetzen. § 467, letzter Satz.

Für geleistete Dienste, sowie für die Ueberlassung der Benutzung einer Sache ist der Werth (zur Zeit des Empfanges) zu vergüten. § 346, Satz 2, (I 427, Abs. 1, 2, II. 298, Abs. 1, III. 341, Prot. S. 1579 bis 1582, 8414, 8418, 8419, 8422.)

Ist das Kaufgeld nicht bezahlt, so kann Verkäufer nach vollzogener Wandlung die Zahlung verweigern.

Der Verkäufer muss ferner nach G. R. diejenigen Auslagen dem Käufer erstatten, welche der Käufer wegen des Kaufes gemacht hat, vorausgesetzt, dass auch der Verkäufer sie gemacht haben würde. Windscheid B. II § 394 Note 8, anders jedoch Dernburg II § 101 Note 4.

Nach B. G. B. stellt sich die Sache wie folgt:

Hat Käufer auf die Sache Verwendungen gemacht, so (vgl. § 347, 994, 2, (I. 936. Abs. 1, 2, II. 908, Abs. 1, III. 979, Prot. S 3985 bis 3993, 8558 bis 8590, § 995 (II. 909, III. 980, Prot. S. 3993, 3994) hat er nur Anspruch auf Ersatz nothwendiger Verwendung und bezüglich dieser bestimmt sich die Ersatzpflicht des Verkäufers nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag. Ein Ersatzanspruch besteht nach diesen Grundsätzen gemäss § 683 (I. 753, 755, II. 614, III. 670, Prot. S. 3034 bis 3044, 3047 bis 3053) dann, wenn die Uebernahme der Geschäftsführung ohne Auftrag dem Interesse und dem wirklichen oder muthmasslichen Willen des Geschäftsherrn entspricht. Der Geschäftsführer

kann wie ein Beauftragter § 670 (I. 595, Abs. 1, 2, II. 601, Abs. 1, Prot. S. 2313, 2314 bis 2322, 8475, 8476) Ersatz seiner Aufwendungen verlangen, und kommt es, wenn die Aufwendungen an sich gerechtfertigt waren, nicht darauf an, ob ein günstiges Resultat aus ihnen erwachsen ist (vgl. Scholl-meyer S. 102 ff., Sturm, die Lehre von der Geschäftsführung ohne Auftrag nach dem B. G. B. f. d. D. R. (1897) S. 26 ff. Wegen anderer Verwendungen, etwa nach § 996 stehen ihm keine Ansprüche zu, wegen der Vorschrift des § 347, die das hier vorliegende Verhältniss analog dem Verhältniss nach der Rechtshängigkeit behandelt wissen will.

Fütterungskosten sind nach G. R. dann zu ersetzen, wenn von dem Thier Nutzen gezogen werden konnte; war das Thier indess kein brauchbares, so sind dieselben nicht zu ersetzen, „weil auch der Käufer keinen Ersatz für Gebrauch giebt". Eine Befreiung tritt indess ein, wenn Verkäufer dem Käufer die Kaufsache lässt; vgl. l. 29 § 3 ht., welche Stelle Hanausek S. 139 ausführlich bespricht. Soweit nicht § 488 für die in § 481 genannten Thiere zur Anwendung kommt, wird sich die Verpflichtung nach den Grundsätzen des Ersatzes von Verwendungen richten. Die Befreiung des G. R. kennt B. G. B. nicht. Vgl. Seuffert Archiv XXVI Nr. 118, N. F. II. 121, 311 IV. 27; Bolze I. Nr. 1068, VI. Nr. 548.

Ob von dem Verkäufer endlich mit der redhibitoria Ersatz des Schadens verlangt werden kann, den der Käufer durch die Sache erlitten hat, ist nach G. R bestritten. Windscheid hält ihn für Schadensersatzpflichtig, lässt aber ebenso wie im vorigen Fall seine Befreiung eintreten, wenn er dem Käufer die Kaufsache überlässt. Glück XX. S. 86 unterscheidet, ob Verkäufer den Fehler gekannt oder

wenigstens die Abwesenheit desselben versprochen hat, oder ob keins von beiden der Fall ist; hier haftet er mit der Beschränkung, sich durch Ueberlassung der Sache befreien zu können, dort haftet er unbedingt Gegen beide mit Recht Hanausek (vgl. S. 139). Das B. G. B. hat diese Verpflichtung ebenfalls verneint; vgl. Motive II S. 232 zu § 387. Fischer-Henle zu § 467.

Sind mehrere Sachen uno actu verkauft und dieselben stehen zu einander im Verhältniss von Hauptsache zur Nebensache, so erstreckt sich die Redhibition wegen eines Mangels der Hauptsache auch auf die Nebensache nach G. R., l. 33, § 1 ht. und B. G. B. § 470 (I. 390, II. 406, III. 463, Prot. S. 1394). Ist die Nebensache mangelhaft, so kann nur in Ansehung dieser Redhibition verlangt werden, B. G. B. § 470, so auch nach G. R. (Hanausek S. 182), es müsste denn eine dahin zielende Bestimmung ausdrücklich oder stillschweigend getroffen sein.

Auch nach B. G. B., obwohl eine besondere Bestimmung des Inhaltes nicht vorliegt, wird auch ein Mangel der Nebensache als solcher nicht immer zur Redhibition dieser führen können. Selbstverständlich dann nicht, wenn die Parteien beim Vertragsabschluss keinerlei Kenntniss von deren Vorhandensein gehabt haben, aber auch, wenn dies der Fall sein sollte, dann nicht, wenn dieselbe ohne Berücksichtigung beim Vertragsabschluss geblieben ist. Für den entgegengesetzten Fall gewährt ausdrücklich unter anderen Stellen die Redhibition l. 27—19, 1.

Stehen die mehreren Sachen nicht in einem derartigen Verhältniss, sind dieselben vielmehr als gleichwerthig aufzufassen, so ist, von dem Fall abgesehen, in welchem die einzelnen mangelhaften

Sachen gegenüber der Totalität der verkauften Sachen völlig in den Hintergrund treten, und daher die Statuirung der gewöhnlichen Haftung für Mängel der Parteiintention widersprechen würde, nach G. R. zweifelhaft, unter welchen Voraussetzungen nur wegen der mangelhaften, unter welchen auch zugleich wegen der mangelfreien Redhibition begehrt werden kann. Während die eine Ansicht das Hauptgewicht auf die innere Zusammengehörigkeit der mehreren uno actu verkauften Sachen legt und dem Käufer in diesem Fall das Recht zur Redhibition aller auch der mangelfreien stets gewährt, wie auch die Pflicht auferlegt, und andererseits beim Kauf in Bausch und Bogen dem Käufer wenigstens das Recht zur Rückgabe sämmtlicher giebt, ihn aber hierzu keineswegs verpflichtet, so dass er die Wahl zwischen totaler und partieller Redhibition hat, macht Hanausek die Entscheidung der Frage lediglich davon abhängig, ob im Sinne der Contrahenten anzunehmen ist, die mehreren Sachen sollen nur zusammen, nicht aber getrennt verkauft sein. Im Zweifel sei dieser Wille dann anzunehmen, wenn die Zusammengehörigkeit als innere erscheine (l. 35 pr. ht., l. 38 pr. ht.), aber auch wenn dies nicht der Fall, könne die Festsetzung des Preises für die Gesammtheit doch wiederum für den Willen der Partei sprechen, die Sachen sollen nur zusammen, nicht getrennt verkauft sein. Vgl. Seuffert Archiv N. F. VI. Nr. 270, XVII. Nr. 127.

Das B. G. B. lässt ebenfalls den Willen der Vertragschliessenden massgebend sein. Der Gesammtpreis hat keine für sich entscheidende Bedeutung Sind die mehreren Sachen als zusammen gehörend verkauft, so kann einmal der Käufer verlangen, dass die Wandlung auf alle erstreckt wird, wenn die mangelhaften Sachen nicht ohne Nachtheil für ihn

von den übrigen getrennt werden können. Der Käufer kann aber auch stets Wandlung nur wegen der mangelhaften verlangen. In diesem Fall kann dann aber der Verkäufer, was er unverzüglich erklären muss, verlangen, dass die Wandlung auf alle Sachen erstreckt werde, weil die Trennung ihm nachtheilig sein würde. So § 469 (I. 389, II. 405, III. 462, Prot. S. 1392 bis 1394). Die Bestimmung erklärt sich daraus, dass das B. G. B. principiell davon ausgeht, dass die Wandlung nur bezüglich der mangelhaften Sache statt hat.

Sind die mehreren Sachen nicht als zusammengehörend verkauft, so kann nur wegen der mangelhaften Wandlung begehrt werden (der Verkäufer hat keine Rechte) auch wenn ein Gesammtpreis für alle Sachen festgesetzt ist.

Für alle Fälle, in denen ein Gesammtpreis festgesetzt ist und es zur Wandlung wegen der einzelnen Sachen kommt, gilt dann weiter die auch schon dem G. R. (Windscheid II. § 394, Note 14) bekannte Bestimmung § 471 (I. 391, II. 407, III. 464, Prot. S. 1394 bis 1395), dass der Gesammtpreis in dem Verhältniss herabzusetzen ist, in welchem zur Zeit des Verkaufes der Gesammtwerth der Sachen im mangelfreien Zustande zu dem Werthe der von der Wandelung nicht betroffenen Sachen gestanden haben würde.

Wie die Redhibitionsbefugniss sich gestaltet, wenn auf Seiten des Verkäufers, des Käufers eine Mehrheit von Personen vorhanden ist, darüber geben die Quellen des G. R. genaue Auskunft. Vgl. Hanausek S. 149.

Es ist zu unterscheiden:

Mehrere Käufer schliessen den Kaufvertrag. Hier kann entgegen den sonst geltenden Regeln nach der positiven Bestimmung der l. 31 § 7 ht. und l. 31

§ 10 i. f. jeder einzelne Käufer ohne Zustimmung des anderen Redhibition verlangen, haben die einzelnen aber nur singulas partes gekauft, so müssen Alle consentiren.

Ein Käufer schliesst den Kaufvertrag; derselbe wird von Mehreren beerbt. l. 31 § 5 bestimmt, dass Alle mit der Redhibition einverstanden sein müssen.

Mehrere Verkäufer schliessen ab. Hier kann die Redhibition von jedem in solidum verlangt werden, es müssten denn die einzelnen Verkäufer nur ihren Antheil an der Kaufsache verkauft haben.

Ein Verkäufer schliesst ab, der von Mehreren beerbt wird. Käufer kann jeden Einzelnen pro portione hereditaria belangen.

Dem gegenüber bestimmt nun das B. G. B. § 356 (I. 433, II. 305, III. 351, Prot. S. 1597), dass das Rücktrittsrecht nur von allen und gegen alle ausgeübt werden kann. Also das gesammte Rechtsverhältniss soll aufgehoben werden. Cosack S. 362 f. Es ist gleichgültig, ob die Mehrheit auf der einen oder anderen Seite beim Vertragsabschluss oder erst später durch Eintritt mehrerer Erben entstanden ist. Anders wird nur dann zu entscheiden sein, wenn von den einzelnen Verkäufern mehrere Kaufverträge über die ihnen zustehenden Antheile abgeschlossen sind oder wenn die mehrere Käufer von dem einzelnen Verkäufer jeder einen Antheil gekauft haben. Wann dies der Fall ist, darüber lässt sich eine allgemeine Regel nicht aufstellen. Dass eine ausdrückliche dahin gehende Vereinbarung geschlossen sein muss, wird nicht gefordert werden können, immerhin wird sie an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig lassen dürfen. Wenn das Rücktrittsrecht für den einen erlischt, erlischt es auch für die übrigen. § 356 S. 2. Der Grund des Er-

löschens ist gleichgültig, Verzicht, verschuldete Vernichtung der Sache pp.

Ist von dem Einen der Käufer mit dem Verkäufer oder von Einem der Käufer mit Einem der Verkäufer, oder von dem Käufer mit Einem der Verkäufer die Minderung vollzogen (§ 465), so ist die Wandelung ausgeschlossen. § 474 Abs. 2 (I. 394, II. 410, III. 467, Prot. S. 1405, 1406), Motive § 394.

Diese Grundsätze werden nach B. G. B. für den Viehhandel zum Theil durchbrochen, also dann, wenn es sich handelt um die im § 481 benannten Thiere und wenn die Redhibition wegen Hauptmängel erfolgt oder aber wegen anderer Fehler, bezüglich deren Käufer die Gewährleistung übernommen hat, oder weil eine Eigenschaft des Thieres fehlt, deren Vorhandensein Verkäufer zugesichert hat. § 492 (I. 411, II. 427, III. 485, Prot. S. 1500).

Nach dem Gesetz soll Käufer, entgegen den Bestimmungen des § 351, auch dann Wandelung verlangen können, wenn Käufer eine wesentliche Verschlechterung des Thieres, den Untergang desselben oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des Thieres verschuldet hat, oder wenn er das Thier oder einen erheblichen Theil desselben veräussert oder mit dem Rechte eines Dritten belastet, z. B. verpfändet hat, und nun derjenige, welcher das Thier in Folge der Verfügung erhalten hat, schuldhafter Weise eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang desselben und die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Thieres verschuldet, oder wenn er das Thier, beispielsweise das Schwein nach der Schlachtung in Wurst, verarbeitet hat (§ 353).

Der Hauptfall, Kläger schlachtet das Thier und es zeigt sich nun erst der Fehler, ist im Gesetz hervorgehoben (§ 487 Abs. 2). Das Gleiche soll

gelten, wenn Käufer in Folge eines von ihm zu vertretenden Umstandes, insbesondere einer Verfügung über das Thier ausser Stande ist, dasselbe zurückzugewähren. Die Erweiterung des Wandlungsrechts hängt damit zusammen, dass die Minderung gänzlich ausgeschlossen ist.

In allen diesen Fällen hat, wenn es zur Wandlung kommt, Käufer den Werth des Thieres zu ersetzen.

Nach dem I. Entwurf war für die Beurtheilung des Werthes die Zeit massgebend, in welcher der Erwerber die nach den Vorschriften des E. I. § 430 die Wandlung an sich ausschliessende Handlung vorgenommen und die Rückgewährung in Natur ausgeschlossen hat. Diese muss auch jetzt die massgebende sein, obwohl in das Gesetz eine Bestimmung über den Zeitpunkt nicht aufgenommen ist. Bei unwesentlicher Verschlechterung vor Vollziehung der Wandlung in Folge eines vom Käufer zu vertretenden Umstandes findet Herausgabe in Natur statt, der Käufer hat aber die Werthminderung dem Verkäufer zu vergüten.

Im Gegensatz zu der allgemeinen Vorschrift haftet Käufer nicht, wenn er von dem Thier keinen Nutzen gezogen hat. Wenn er ihn aber gezogen hat, ist er verpflichtet, denselben dem Verkäufer zu ersetzen (§ 487 Abs. 4). Die Bestimmung ruht auf der Erwägung, dass ein zweckmässiger Gebrauch des Thiers für den Käufer meist nicht ermöglicht oder für ihn bedenklich ist.

Von grosser praktischer Wichtigkeit sind dann weiter noch zwei Vorschriften in § 488 und § 489.

Einmal: § 488 (I. 405, II. 423, III. 481, Prot. S. 1492, 1493) Verkäufer ist kraft seiner gesetzlichen Gewährleistungspflicht (Motive S. 261) verpflichtet, abgesehen von § 467, zum Ersatz der seit Uebergabe

aufgewendeten Fütterungs- und Pflegekosten, der Kosten der thierärztlichen Untersuchung und Behandlung, sowie auch der Kosten der nothwendig gewordenen Tödtung und Wegschaffung des Thiers. Diese Kosten mindern sich um die wirklich gezogenen Nutzungen. Käufer und Verkäufer haben aber möglicher Weise ein Interesse daran, ein übermässiges Anwachsen dieser Kosten zu verhüten, daher die Bestimmung des § 489 (I. 406, II. 424, III. 482, Prot. S. 1493, 1494), die über C. P. O. § 814 hinausgeht. Nach dieser ist dem Verkäufer wie dem Käufer, damit im Laufe eines Prozesses die Fütterungs- und Verpflegungskosten nicht ins Masslose wachsen (vgl. Motive S. 261), das Recht beigelegt, die öffentliche Versteigerung des Thieres und die Hinterlegung des Erlöses zu beantragen. Die Anordnung hat auf dem Wege einer einstweiligen Verfügung zu erfolgen. Die Anordnung selbst ist jedoch nicht zulässig, wenn es noch der Besichtigung des Thieres bedarf.

§ 8.

Der Anspruch auf Nachbesserung und auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Ueber diese Ansprüche mag nur Folgendes gesagt sein:

Der Verkäufer haftet in Folge des dictum promissum nach G. R. für das Vorhandensein der zugesagten Beschaffenheit der Kaufsache und ist verpflichtet, dem Käufer beim Fehlen derselben den Nachtheil zu ersetzen, der in Folge des Fehlens in der Vermögenslage des Käufers eingetreten ist. Vgl. Windscheid §§ 257, 258 Anm. 1 und Hanausek S. 50. R. G. XX. S. 92; Bolze V. Nr. 671 d; XI. Nr. 402; XXI. Nr. 475; R. G. XXXIV. S. 216.

Dem Interesse des Käufers kann es im concreten Falle entsprechen, dass Verkäufer ihm denjenigen Theil des Kaufpreises zurückgiebt, um welchen die Kaufsache wegen des Nichtvorhandenseins der zugesagten Eigenschaft weniger werth ist, sowie dass der ganze Kauf aufgelöst wird. In dem einen wie in dem anderen Falle nimmt aber die a° emti nicht den Charakter der a° aestimatoria, redhibitoria an. Windscheid § 393 Nr. 9.

Eine Schranke der Ersatzberechtigung setzt l. un. C. de sentent. 7, 47, nach welcher Käufer nie

mehr an Interesse verlangen kann, als das Doppelte des Werthes der Kaufsache beträgt. Diese civilrechtliche Vorschrift ist durch die prozessuale Bestimmung des § 260 C. P. O. nicht aufgehoben.

Ist die Sache vom Käufer weiter veräussert, so liegt in der nackten Thatsache der Veräusserung noch keineswegs ein Verzicht auf die Geltendmachung des Interessenanspruchs, selbst das Wissen vom Mangel lässt keineswegs nothwendiger Weise auf einen solchen Willen des Käufers schliessen. Erzielt Käufer durch den Verkauf einen höheren Kaufpreis als den von ihm gegebenen, so ist auch damit principiell noch keineswegs der Interesseanspruch ausgeschlossen.

Das B. G. B. weicht von diesen Bestimmungen des G. R. nur insoweit ab, als es die durch l. un. C. de sent. 7, 47 aufgestellte Schranke fallen gelassen hat (vgl. hierüber Cosack § 91 S. 315, B. G. B. §§ 249, 252, 253, 254).

Die a° emti auf Schadensersatz wegen dolus des Verkäufers (vgl. Hanausek S. 158) unterscheidet sich durch Nichts von dem soeben Besprochenen, wenn Käufer nur den Ersatz des ihm durch den Mangel erwachsenen Nachtheil beansprucht. Käufer kann aber auch das Interesse non deceptum esse beanspruchen.

Das B. G. B. hat von dem G. R. abweichende Bestimmungen nicht aufgestellt (vgl. § 123, 124 und Cosak § 65 ff.).

Nach G. R. wie B. G. B. steht dem Käufer beim Gattungskauf weiter der Anspruch auf Lieferung vertragsmässiger Waaren zu und für den Fall, dass diesem Anspruche nicht genügt wird (vgl. Hanausek S. 162 Nr. 18, Motive S. 242), auf Ersatz des durch die Lieferung vertragswidriger Waare er-

wachsenen Schadens. Nach G. R. und B. G. B. kann dieses Recht auch als exceptio non adimpleti contractus geltend gemacht werden. Käufer muss die vertragswidrig gelieferte Waare zurückgeben. Auf diese gegenseitigen Verpflichtungen sind die Grundsätze anwendbar, welche für die a° redhibitoria aufgestellt sind, für das G. R. wie für das B. G. B. (vgl. Hanausek S. 163).

§ 9.

Die Geltendmachung der Ansprüche und ihr Verhältniss.

Wir haben nach dem Bisherigen gesehen, dass dem Käufer zur Geltendmachung seiner Rechte wegen Vorhandenseins von Mängel oder Abhandenseins zugesagter Eigenschaften verschiedene Ansprüche zustehen; es sind dies, um dieselben noch einmal kurz aufzuzählen: Der Anspruch auf Wandelung, auf Minderung, auf Nachbesserung und auf Schadensersatz.

Unter diesen mehreren Ansprüchen hat der Käufer nach G. R. wie nach B. G. B. die Wahl und zwar wird diese vollzogen entweder durch gerichtliche Geltendmachung, sei dies nun durch Klage oder Einrede, oder aber durch aussergerichtliche Einigung.

Kommt es zum Prozess, so kann Käufer selbstverständlich die Klage nicht auf Wandelung und Preisminderung — das Verhältniss dieser beiden Ansprüche wird zunächst besprochen — richten, wohl aber kann er das eine Recht für den Fall geltend machen, dass das andere nicht begründet sein sollte, also z. B. in erster Linie Wandelung, event. jedoch Minderung. Unbestritten ist weiter, dass, wenn die Voraussetzungen des § 231 C. P. O. vorliegen, Käufer Klage auf Feststellung des Rechts

zu wandeln oder Preisminderung zu verlangen erheben kann, bestritten dagegen, ob er das Petitum der Klage darauf richten kann, den Beklagten aus beiden ädilitischen Ansprüchen zu verurtheilen, die Wahl zwischen beiden sich für die Zwangsvollstreckung vorbehaltend. Die Frage kann auch von wesentlich praktischer Bedeutung sein. Seuffert C. P. O., § 230 ist mit den daselbst angeführten Schriftstellern für die Ansicht, dass Käufer seinen Antrag alternativ formuliren kann, und dass der Richter auch alternativ verurtheilen muss. Dagegen Hanausek S. 165 ff., dessen Ausführungen m. E. mit Recht die Frage verneinen. Für das B. G. B. treffen dagegen die von Hanausek für den Ausschluss der Möglichkeit so zu procediren, angeführten Gründe nicht zu, und wird man daher nicht Anstand nehmen können, dem Käufer das Recht zu gewähren, eine Verurtheilung zu der einen oder andern Leistung zu erwirken, und sich die Wahl für die Executionsinstanz vorzubehalten. Die Wahl wird in diesem Falle also erst nach erfolgter Verurtheilung in der Executionsinstanz durch Erklärung des Käufers und zwar einseitig vollzogen.

Der Käufer kann aber, wie selbstverständlich, auch aussergerichtlich das Verlangen dem Verkäufer gegenüber erklären, wandeln oder mindern zu wollen. Dadurch ist aber der Vollzug der Wandelung noch nicht gegeben, wenn diese gewollt ist, oder der Minderung, wenn auf diese der Wille gerichtet ist. Der Käufer kann vielmehr immer noch seine Wahl ändern. Das Wahlrecht erlischt erst mit dem dem Käufer gegenüber erklärten Einverständniss des Verkäufers. Erst dann ist die Wahl vollzogen § 465 (I. 384, II. 402 Abs. 1, III. 458, Prot. S. 1375 bis 1377, 1402 bis 1404, 1421 bis 1426). Ueber die sich hieraus ergebenden Folgen kann ein Rechts-

streit entstehen. In demselben gelangt jedoch die Frage, ob gewandelt oder gemindert werden darf, nicht mehr zur Erörterung. Hervorgehoben werden muss hier die dem G. R. unbekannte Bestimmung des § 466, nach welcher Verkäufer, wenn Käufer ihm gegenüber einen Mangel behauptet, ohne die Wahl auszuüben, diesen unter dem Erbieten zur Wandelung und unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern kann, ob er Wandelung verlange, nach welcher Käufer dann das Recht der Wandelung verliert, wenn er dieselbe nicht bis zum Ablauf der Frist verlangt (vgl. Schollmeyer S. 17). Ist die Wandelung vollzogen, so kann Käufer nun nicht mehr Minderung verlangen.

Erklärt sich der Käufer innerhalb der Frist für Wandelung oder Minderung, so muss der Verkäufer diese Wahl und zwar unverzüglich annehmen. Geschieht dies nicht, so hat der Käufer wieder freie Wahl. Durch diese Bestimmung wird dem Käufer, der dem Verkäufer gegenüber einen Mangel behauptet, die Möglichkeit der Speculation bis zu einem gewissen Grade abgeschnitten. Die Bestimmung greift aber dann nicht ein, wenn der Käufer Mängel nicht behauptet, oder doch nicht dem Verkäufer gegenüber. Das Bedenken Schollmeyer's (a. a. O. S. 16) mindert sich durch die Bestimmung über die Verjährung.

Ist die Wandelung vollzogen, so entsteht das zu ihrer Durchführung bestimmte Schuldverhältniss. Hier kann es nun nach § 354 in Folge des Verzuges des Käufers mit der Wandlungsleistung und nach Ablauf der ihm vom Verkäufer gesetzten Frist zur Unwirksamkeit der Wandlung kommen, die Wandlung, wie wir oben gesehen haben, ausgeschlossen werden. Kann aber der Käufer nun nicht Minderung ver-

langen? Schollmeyer S. 17 verneint dies, weil die Wandlung vollzogen sei und bleibe. Ich halte das nicht für richtig, weil die Wandlung eben nach § 354 unwirksam wird, woraus sich die von Schollmeyer gezogene Consequenz m. E. nicht ergiebt. Es ergiebt sich nur, dass die Wahl des Käufers nicht mehr auf Wandlung gehen kann, da er deren Durchführung vereitelt hat.

Ob der Käufer wandeln oder mindern will, hängt also von seinem freien Belieben ab, nicht etwa von der Art der Fehler oder ihrem Gewicht oder gar dem richterlichen Ermessen.

Wenn nun auf gerichtlichem oder aussergerichtlichem Wege die Wahl vollzogen und auch, sei es die Wandlung, sei es die Minderung durchgeführt ist, ist dann die mehrmalige Wahl und Durchführung abgeschnitten?

Es ist der Fall einer mehrmaligen Inanspruchnahme des Verkäufers wegen eines und desselben Fehlers auseinander zu halten von denjenigen Fällen, in welchen der Käufer wegen eines neuen zur Zeit der ersten Inanspruchnahme ihm noch unbekannten Fehlers wandeln resp. mindern will.

Fordert in den letzteren Fällen Käufer gleich Anfangs Wandlung und dringt gerichtlich oder aussergerichtlich mit derselben durch, d. h. dieselbe wird durchgeführt, so kann selbstverständlich von einer nochmaligen Wandlung oder Minderung nicht die Rede sein. Nach G. R. wie nach B. G. B.

Geht des Käufers Verlangen Anfangs nur auf Preisminderung, so ist ihm nach G. R. wie nach B. G. B. nicht verwehrt, wegen eines später entdeckten Fehlers von Neuem Wandlung oder Minderung zu begehren (vgl. l. 31 § 16, l. 32 § 1 de evict. 21, 2, vgl. Arndts § 314, Puchta § 363, B. G. B. § 475).

Was das Verhältniss der Wandlung und Minderung zu einander wegen eines und desselben Fehlers anbetrifft, so ist unzweifelhaft mit der Durchführung des einen die Geltendmachung des anderen ausgeschlossen; nach G. R. wie nach B. G. B.

Das Verhältniss des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Fehlens der zugesagten Eigenschaft zu den Ansprüchen auf Wandlung und Preisminderung ist das nämliche wie das der beiden letzteren unter einander.

So die herrschende Meinung, die den Ausführungen Fick's im Archiv für deutsches Wechselrecht VIII. S. 26. 98, 160 entgegen wieder Hanausek S. 172 vertritt.

Bezüglich des Verhältnisses des Anspruchs auf Schadensersatz zum Anspruch auf Wandlung, wenn es sich um ein und denselben Fehler handelt, verweise ich auf die früheren Ausführungen. Tritt dagegen nach Geltendmachung des einen Fehlers ein neuer auf, so kann Käufer wegen dieses Fehlers, mag er wegen des ersten Fehlers mit dem Anspruch auf Schadensersatz die Verurtheilung erwirkt haben oder abgewiesen sein, nachträglich noch immer die Wandlung begehren. Ist Käufer mit dem Anspruch auf Wandlung abgewiesen, so steht ihm wegen eines anderen nach der Klage entdeckten Mangels immer noch der Anspruch auf Schadensersatz zu Gebote. Ist er mit derselben durchgedrungen, so kann von einer Geltendmachung des Anspruchs auf Schadensersatz dann nicht mehr die Rede sein, wenn Verkäufer seine Verpflichtungen bereits erfüllt hat, tritt dagegen vor dieser Erfüllung wieder ein neuer Fehler hervor, so wird er immer noch den Ersatz desjenigen Nachtheils fordern können, der ihm bis dahin in Folge der Mangelhaftigkeit der Sache er-

wachsen ist. Ein nochmaliges Begehren von Schadensersatz wegen verschiedener Fehler ist natürlich erlaubt.

Was von der Wandlung gilt, muss auch bezüglich des Anspruchs auf Minderung zur Anwendung kommen, sowohl was das Verhältniss der mehreren Ansprüche beim Vorhandensein eines als auch mehrerer Fehler betrifft. Also auch hier Anstellung der aestimatoria nach Abweisung der a° emti, nach Verurtheilung des Verkäufers auf Grund derselben, auch hier nach Abweisung resp. Verurtheilung auf Grund der aestimatoria Anstellung der a° emti.

Das B. G. B. kennt keine abweichenden Bestimmungen.

Ueber das Verhältniss des Anspruchs auf Lieferung vertragsmässiger Waare zu den anderen Klagen gilt das Nachstehende:

Der Käufer hat, wenn ihm auf Grund eines Gattungskaufs eine mangelhafte Sache geliefert worden ist, die Alternative, den Kauf als nicht erfüllt zu betrachten und mithin Lieferung vertragsmässiger Waare zu fordern oder aber als erfüllt zu behandeln und demnach diejenigen Ansprüche geltend zu machen, die ihm zustehen würden, wenn der Kauf von vornherein über eine individuell bestimmte Sache abgeschlossen wäre. Erfüllung und Nichterfüllung stehen aber in contradictorischem Gegensatz. Es ergiebt sich desshalb mit logischer Nothwendigkeit, dass der Anspruch wegen Nichterfüllung nicht gleichzeitig mit einem derjenigen Ansprüche geltend gemacht werden kann, welche auf Erfüllung basiren. Was den Zeitpunkt anbetrifft, in welchem Käufer das Recht verliert, die Erfüllung einerseits, die Nichterfüllung andererseits geltend zu machen, so wird auch hier wieder so

viel gewiss sein, dass einerseits die nackte Erklärung das Eine oder Andere zu wollen, auch wenn sie dem Verkäufer gegenüber abgegeben ist, das Recht nicht ausschliesst, auf das Andere zurückzukommen, wenn nicht etwa die Umstände des einzelnen Falls auf einen Verzicht hinweisen, dass andererseits der Käufer, wenn er vertragsmässige Waare erhalten hat, wenn er wegen der Ansprüche, welche ihm im Falle der Erfüllung zustehen, befriedigt ist, wegen desselben Fehlers weder dort auf diese Ansprüche noch hier auf jene zurückkommen kann.

Auch wirkt ein Vertrag nach der einen Richtung hin ausschliessend auf den resp. die Ansprüche, welche dem Käufer im anderen Falle zustehen. Das Gleiche wird von dem rechtskräftigen Urtheil zu sagen sein.

Das B. G. B. nimmt in dieser Beziehung keinen abweichenden Standpunkt ein, es gelten, abgesehen von den oben berührten Modificationen, auch hier die gemeinrechtlichen Grundsätze.

Auch die Frage, wie sich die Sache gestaltet, wenn sich nach Geltendmachung der Nichterfüllung resp. der mangelhaften Erfüllung ein neuer Mangel zeigt, ist nach B. G. B. nicht anders wie nach G. R. zu beantworten. Für dieses vgl. Hanausek S. 175 ff.

§ 10.

Die Verjährung.

Was den Beginn der Verjährung nach G. R. anbetrifft (vgl. Hanausek S. 296 ff.), so ist der Kauf einer individuell bestimmten Sache von dem Kauf einer nur generisch bestimmten zu unterscheiden.

Beim Specieskauf beginnt die Verjährung im Moment des Kaufabschlusses.

Beim Genusskauf jedoch ist der Moment der kritische, in welchem dieser durch Erfüllung, wenn auch mangelhafte, sich in einen Specieskauf aufgelöst hat, wenn nicht etwa später nach dem Abschluss des Vertrages der Verkäufer eine besondere Zusicherung bezüglich der Kaufsache gemacht hat. Jedoch ist, was die ädilitischen Ansprüche anbetrifft, in Berücksichtigung zu ziehen, dass für sie im Gegensatz zur civilen Klage nicht tempus continuum, sondern tempus utile gerechnet wird, so dass nach der richtigen von Windscheid gegen Savigny vertretenen Ansicht dem Anspruchsberechtigten auch vor Allem das Recht zuzugestehen ist sich für den Nichtablauf der Verjährungszeit auf die Zeit zu berufen, in welcher er um deswillen seinen Anspruch nicht geltend machen konnte, weil er von dem den Verkäufer verpflichtenden Mangel nichts wusste, auch entschuldbarer Weise nichts wissen konnte. Es wird daher thatsächlich der Beginn der

Verjährung der ädilitischen Ansprüche immer erst mit demjenigen Moment zusammenfallen, in welchem Käufer die Mangelhaftigkeit gekannt oder entschuldbarer Weise nicht gekannt hat.

Was den Ablauf der Frist anbetrifft, so wird auch hier wieder bei den ädilitischen Rechtsmitteln tempus utile, bei der civilen a° emti dagegen tempus continuum gerechnet.

Die Frist selbst ist bei der Redhibition 6 Monate bei der aestimatoria 1 Jahr, bei der a° emti in beiderlei Gestalt 30 Jahre.

In Bezug auf die Wirkung der Verjährung vgl. Windscheid I. § 112, Dernburg I. § 150.

Macht Käufer den Mangel nicht klage-, sondern einredeweise geltend, so gilt, so bestritten auch die Frage nach der Verjährbarkeit der Einreden ist, doch soviel als feststehend, dass diejenigen Einreden, welche sich auf einem Mangel der Kaufsache gründen, in derselben Zeit verjähren, in welcher die auf dem Mangel gegründeten Ansprüche selbst verjähren, und dass die exceptio non adimpleti contractus unverjährbar ist.

Das B. G. B. steht nun in mancher Beziehung auf einem wesentlich anderen Standpunkt.

Motive S. 238 ff., S. 261 ff.; Denkschrift S. 63, S. 69, Cosak § 74; Schollmeyer S. 17 ff.; Gutachten aus dem Anwaltstand S. 1280 ff. in Juristische Wochenschrift 1897 Nr. 6 bis 9; Kuhlenbeck XXXIV. Klagenverjährung; B. G. B. §§ 477, 478, 479, 480—490, 491, 492, ferner § 194 ff.

Die Verjährung sämmtlicher Ansprüche, mag es sich um einen Species- oder Genusskauf handeln, beginnt mit dem Tage der Ablieferung bei beweglichen Sachen, mit dem Tage der Uebergabe bei Grundstücken. § 477 (I. 397, II. 413, III. 470, Prot. S. 1351 bis 1366, 1407 bis 1411, 1413 bis 1421, 1497;

2111, 2112, 2113). Ablieferung und Uebergabe sind wohl zu unterscheiden. Letztere kann auch nach § 930 und 931 durch constitutum possessorium oder Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache ersetzt werden. Vgl. Schollmeyer S. 17.

Auch nach B. G. B. ist die Möglichkeit des späteren Beginns der Verjährung dann gegeben, wenn einer der Gründe vorliegt, welcher nach dem Gesetz die Verjährung hemmt (§ 202 ff.). Unkenntniss des Anspruchs, auch völlig entschuldigte, gehört zu diesen Gründen nicht. Motive I. S. 316.

Bei Kauf der im § 481 genannten Thiere beginnt der Lauf jedoch erst von dem Ende der Gewährfrist § 490 (I. 407, II. 425, III. 483, Prot. S. 1496 bis 1500, 3006, 3007, 3010), welche, wie wir bereits gesehen, durch Vertrag verlängert oder abgekürzt werden kann, und nur dann ist auch hier wieder der Moment der Ablieferung entscheidend, wenn § 492 (I. 411, II. 427, III. 485, Prot. S. 1500) Verkäufer die Gewährleistung eines nicht zu den Hauptmängeln gehörenden Fehlers oder eine Eigenschaft des Thieres zugesichert hat, eine Gewährfrist aber nicht vereinbart ist.

Was den Ablauf der Frist anbetrifft, so findet eine utiliter Berechnung nach B. G. B. bei keinem der Ansprüche statt. Hemmung sowohl wie Unterbrechung stehen unter den allgemeinen Verjährungsvorschriften (§ 202 ff., § 208 ff.). Für die Hemmung und Unterbrechung gilt aber, weil die Ansprüche auf Wandlung, Minderung und Schadensersatz demselben Zweck dienen, das Besondere (§ 477 Abs. 3), dass dieselben, wenn sie für den einen Anspruch eingetreten sind, auch für die übrigen Ansprüche wirken, für die Unterbrechung, dass dieselbe auch eintritt durch Stellung eines Antrages auf gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises

(§ 477, Abs. 2). Die Unterbrechung dauert bis zur Beendigung des Verfahrens nach Massgabe der §§ 211, Abs. 2 und 212.

Die Frist selbst ist für den Anspruch auf Wandelung, auf Minderung, auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung für den Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache, bei beweglichen Sachen 6 Monate, bei unbeweglichen 1 Jahr.

Hat aber Veräusserer den Mangel arglistiger Weise verschwiegen, so unterliegen alle diese Ansprüche der ordentlichen (§ 195) 30jährigen Verjährung.

Beim Kauf der im § 481 genannten Thiere verjährt der Anspruch auf Wandelung, sowie der Anspruch auf Schadensersatz wegen eines Hauptmangels, dessen Nichtvorhandensein der Verkäufer zugesichert hat, bereits in 6 Wochen. Diese Frist tritt auch an Stelle der in §§ 210, 212, 215 bestimmten Fristen.

Dass die kurze Verjährungsfrist durch Vertrag verlängert werden kann, bestimmt ausdrücklich § 477, 1 letzter Satz. Die Verlängerung kann sogar über die regelmässige Verjährungsfrist hinaus ausgedehnt werden (§ 225). Der E. I. § 397 beschränkt die Verlängerung auf die ordentliche Verjährungszeit. Das B. G. B. spricht von dieser Beschränkung nicht mehr. Das gleiche Verhältniss liegt bez. E. I. § 571 und B. G. B. § 638 vor (vgl. Gruchot, Beiträge B. 39 S. 393). Daher erwähnt auch Plauck Kommentar zu § 225, Z. 2 diese Bestimmung als Ausnahme von § 225, Satz 1, schlechthin. Daher nicht richtig Fischer-Henle ad § 427, Abs. 1.

Die Wirkung der Verjährung ist die, dass nach Vollendung derselben, der Verpflichtete berechtigt ist, die Leistung zu verweigern. Sie begründet eine peremtorische Einrede (§ 222). Das zur Befriedigung des verjährten Anspruchs Geleistete kann nicht

zurückgefordert werden, auch wenn die Leistung in Unkenntniss der Verjährung bewirkt worden ist.

Ueber die „Verjährbarkeit der Einreden" gelten im Uebrigen die gemeinrechtlichen Bestimmungen; Käufer kann jedoch die Zahlung des Kaufpreises, auch wenn der Anspruch auf Wandelung und Minderung verjährt ist, insoweit verweigern, als er auf Grund der Wandelung oder der Minderung dazu berechtigt sein würde, wenn er, bevor der Anspruch auf Wandelung oder Minderung verjährt ist, dem Verkäufer den Mangel anzeigt, oder die Anzeige an ihn absendet oder gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt, oder in einem zwischen ihm und einem späteren Erwerber der Sache wegen des Mangels anhängigen Rechtsstreite dem Verkäufer den Streit verkündet (C. P. O. § 69 ff.).

Hat Käufer diese Handlungen nicht vorgenommen, ob mit oder völlig ohne Schuld, ist ohne Einfluss, so hat er auch diese Rechte verloren.

Nach dem § 390 B. G. B. würde der Käufer mit dem verjährten Anspruche auf Schadensersatz gegen die Forderung auch den Kaufpreis aufrechnen können. Diese Aufrechnung soll ihm aber nur zustehen bei Vornahme dieser ebengenannten Handlungen.

Zur Aufrechterhaltung der genannten Einrede und zur Wahrung der Compensation bedarf es auch dieser Handlungen nicht, wenn Käufer den Mangel arglistig verschwiegen hat (§§ 478, 479) und beim Kauf der in § 481 genannten Thiere (vgl. § 490).

Die dargestellten Grundsätze finden auch Anwendung auf den Anspruch auf Lieferung mangelfreier Waare (§ 480), ferner auch, abgesehen von den bereits hervorgehobenen Abweichungen für die Ansprüche auf Wandlung, Schadensersatz und Lieferung eines mangelfreien Thieres aus dem Vieh-

kauf (vgl. auch § 492). Dem Käufer bleibt aber noch die Einrede gegenüber der Klage auf Zahlung des Kaufpreises, und er kann seine verjährte Schadensersatzforderung nach B. G. B. § 390 zur Aufrechnung gegen die Kaufpreisforderung verwenden (vgl. § 490 Abs. 3). Selbstverständlich ist hierbei vorausgesetzt, dass der Käufer nicht schon durch Versäumung der nach B. G. B. § 486 nothwendigen Anzeige seine Rechte wegen des Mangels verloren hatte.